المقارنات التشريعية

تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك

دراسات في فقه المعاملات الإسلامية

الطبعة الثالثة

١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٢٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٢٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)

بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

المقارنات التشريعية

تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك

تأليف

مخلوف بن محمد البدوي المنياوي

١٢٣٥هـ - ١٢٩٥هـ

دراسة وتحقيق

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه - جامعة الأزهر

المجلد الأول

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة التحقيق

المؤلف :

مؤلف هذه المخطوطة هو الشيخ مخلوف بن محمد البدوي المنياوي الأزهري ولد في عام 1235 هـ ، وتوفي في 1295 هـ (1878م) أي أنه توفي في عهد الخديوي إسماعيل قبل الاحتلال الإنجليزي لبلاد مصر ، وقبل تطبيق القوانين المدنية والجنائية التي ألزم بها المستعمر الإنجليزي عام 1883 م . وقد شغل هذا الرجل منصب القضاء في صعيد مصر ، ووثق الخديوي بعلمه ، فعهد إليه ببحث العلاقة بين القوانين الغربية وبين أحكام الفقه الإسلامي . ويبدو أن إسماعيل كان مشغولًا بمعرفة هذه العلاقة وإدراكها نظرًا للضغوط التي كانت تمارسها القوى الغربية عليه لإلزامه بتطبيق القوانين الأوربية في البلاد ، طبقًا لما دار بينه وبين رفاعة الطهطاوي فيما سجله محمد رشيد رضا في كتابه تاريخ الإمام محمد عبده .

ويبدو أن الخديوي قد استحضر للشيخ مخلوف من يترجم له القوانين الفرنسية ، التي كانت مصوغة باللغة الفرنسية ، كما أنه ليس هناك ما يدل على أن الشيخ كان يعرف اللغة الفرنسية ، ولم يكتب الشيخ مخلوف في الفقه سوى هذا المؤلف . وله في البلاغة كتاب بعنوان « حاشية على حلية اللب المصون ، شرح الجوهر المكنون » وله رسالة في البسملة وأخرى في عاشوراء . ولابن الشيخ مخلوف ، واسمه عبد الحكيم المتوفى بعد ست سنوات من تاريخ وفاة والده ، رسالة بعنوان « سمير الأمير » طبعته المطبعة الأزهرية بالقاهرة عام 1299 هـ [1] .

خطة التأليف :

أ . يثبت المؤلف البند القانوني بلفظ أو بمعناه مع اختصاره بلغة واضحة تعين

---

(1) انظر معجم المؤلفين 212/12 ، والأعلام للزركلي ، طبعة بيروت 194/7 ، والمعجم الصغير لعلماء الجامع الأزهر مخطوط بقسم التاريخ 8006 ، 0770135 .

على تحديد الأحكام التي تضمنها البند القانوني أو المادة القانونية .

ب – يبدأ المؤلف بعد ذلك في التعليق على هذه الأحكام ، واحدا بعد الآخر من الوجهة الفقهية ببيان الأسس والنصوص الشرعية التي تتضمن هذه الأحكام ، ثم ينقل بعد هذا ما جاء عن الإمام مالك وغيره من فقهاء المذهب المالكي ومؤلفاتهم مما يعين على توضيح الحكم الفقهي .

ج – ينتهي المؤلف من هذا إلى غايته من تأليف هذا الكتاب ؛ وهو الحكم للبند (المادة) القانوني بالموافقة للأحكام الفقهية في معظم الأحوال أو بالمخالفة في بعضها . ويعتمد في حكمه أكثر ما يعتمد على ما جاء عن المالكية ولا يتعرض لغيرهم إلا على نحو قليل .

ظروف تأليف المخطوط :

ألفت هذه المخطوطة في عصر تآكل القوى المسلمة وضعفها وزيادة التغلغل الأوربي في شؤون البلاد الإسلامية ، وهو ما انتهى بفواجع الاحتلال الغربي لبلاد المسلمين وإسقاط الخلافة وفرض القوانين الأوربية في بلاد المسلمين . وليس صحيحًا ما يشاع عن سلبية طلاب الفقه الإسلامي وعلمائه إزاء ظاهرة فرض القوانين الغربية وإقصاء الفقه الإسلامي عن التطبيق ؛ فقد تمثلت مقاومتهم السياسية في أشكال عديدة . أما مقاومتهم للتغير التشريعي بالأسلوب العلمي فقد اتخذ صورًا عديدة من بينها فيما يتعلق بخطة هذا المؤلف ، أمران :

أولهما : تقنين أحكام الفقه الإسلامي ، وتيسير تقديمه للمشتغلين به والعاملين على تطبيقه . وتعد مجلة الأحكام العدلية التي أعدت عام 1886 هـ من أهم التقنينات التي شهدها القرن الماضي إن لم تكن أهمها على الإطلاق . وقد أراد القائمون عليها كما جاء في هذا التقرير المرفق بها وضع كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطًا سهل المأخذ عاريًا عن الاختلافات حاويًا للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل واحد ؛ لأنه إذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن أعضاء المحاكم النظامية ومأموري الإدارة ، فيحصل لهم بمطالعته انتساب إلى الشرع ولدى الإيجاب تصير لهم ملكة بحسب الوسع يقتدرون بها على التوفيق ما بين الدعاوى والشرع الشريف . وتجب الإشارة كذلك إلي مجلة الأحكام الشرعية التي ألفها أحمد بن عبد القارى الذي

عاش فيما بين عامي 1314-1396 هـ ونشرت لأول مرة في المملكة العربية السعودية عام 1401هـ /1981م بتحقيق الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان . وتعد تقنينًا لأحكام المذهب الحنبلي .

والثاني : مراجعة القوانين الغربية الأصل ومعرفة مطابقتها ومخالفتها لأحكام الفقه الإسلامي . ولعل محاولة الشيخ مخلوف بن محمد المنياوي في هذه المخطوطة التي نقدم لها هي أقدم محاولة تاريخية في هذا السبيل . وإذا كانت هذه المحاولة تنصرف إلي مقارنة القوانين الفرنسية بأحكام المذهب المالكي على وجه الخصوص فقد جاءت المحاولة الثانية في اتجاه مقارنة أحكام القانون المدني المصري الذي بدأ الاستعمار الإنجليزي تطبيقه في مصر عام 1883م . وهذه المحاولة الثانية التي قام بها المرحوم قدري باشا صاحب كتاب مرشد الحيران الذي جاء تقنينا لمذهب الإمام أبي حنيفة : ففي دار الكتب المصرية مخطوطتان لقدري باشا بعنوان « بيان المسائل الشرعية التي وجدت في القانون المدني مناسبة أو موافقة لمذهب الإمام أبي حنيفة النعمان » والمخطوطة الأولى رقم 80 قوانين . وتقع في مائة وأربع عشرة ورقة من وجهين . على حين أخذت الأخرى رقم 9914، وتقع في مائة واثنين وثلاثين ورقة . ومع كل فإن المخطوطتين نسختان من كتاب واحد .

أما المحاولة الثالثة : فهي محاولة ناضجة هي الأخرى ، وقد جاءت في الفترة السابقة على صدور القانون المدني عام 1949 م ، وكأنما أراد صاحبها لفت نظر اللجنة التي عهد إليها صياغة هذا القانون ورئيسها الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلي واجبها في التعرف على أحكام الفقه الإسلامي والتوجه وجهته . ويدل على ذلك المقدمة التي وضعها لكتابه صاحب هذه المحاولة الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين الذي درس الحقوق في فرنسا والفقه الحنفى والمالكي في كلية الشريعة بجامعة الأزهر . وأما الكتاب فهو « المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك رضي اللّه عنه » وقد نشر هذا العمل في أربعة أجزاء عام 1366 هـ / 1947 م ، ثم لم يطبع بعد ذلك ، وكأنما عز هذا على العالم الجليل ألا يلتفت إلى نتائج بحثه فيما أخذت به لجنة القانون المدني المصري ، فطوى قلبه من حسرة رغم أنه عاش ما يقرب من

أربعين عاما بعد صدور الطبعة الأولى والأخيرة من كتابه .

وقد بذلت في العديد من البلاد الإسلامية ، ومن بينها باكستان جهود مكثفة لمراجعة القوانين الشرعية بغية تيسير التطبيق الشرعي في البلاد . واعتبرت طريقة مراجعة القوانين هي الطريقة الأكثر ملاءمة للظروف القائمة تمهيدا للخطة الأخرى ، وهي صياغة القوانين المعمول بها صياغة فقهية ، ويتولى هذه المراجعة في باكستان كل من :

1 - مجلس الفكر الإسلامي الذي راجع ما يقرب من ثلث القوانين القائمة وحكم لها أو عليها بالموافقة أو المخالفة لأحكام الشريعة .

2 - المحكمة الشرعية الاتحادية التي أنشئت في عهد الرئيس ضياء الحق . أما اختصاصها فهو النظر في أي قانون أو حكم قانوني لمراجعته من الوجه الفقهية الشرعية ، فإذا حكمت باعتبار الحكم موضوع النظر مخالفا لأحكام الشريعة وجب على الحكومة تغييره في فترة زمنية معينة ، وطبقا لإجراءات حددها مرسوم إنشاء هذه المحكمة . ولا شك في أن كتاب الشيخ مخلوف المنياوي تطبيق القانون الفرنساوي المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك مما ييسر هذه المراجعة ويفيد في إدراك الاتفاق أو الاختلاف بين كل من الأحكام الشرعية والمبادئ أو القواعد القانونية .

تأليف هذ الكتاب :

1 - هذا الكتاب (تطبيق القانون الفرنساوي المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك) للشيخ مخلوف المنياوي وثيقة حضارية ذات دلالات بالغة الأهمية على مستوى التفكير الفقهي والتشريعي في أواخر القرن التاسع عشر ، وعلى العلاقة بين السلطة والفقهاء ،وعلى فهم السلطة لواجبها في التمكين للنظام التشريعي الإسلامي ، وعلى إدارة السلطة السياسية للصراع مع القوى الغربية الرامية إلى إزالة النظام التشريعي الإسلامي وإحلال نظام غربي آخر محله بأسلوب علمي رصين .

2 - ولعل قصة تأليف هذا الكتاب من أكثر ما يكشف عن هذه الدلالات الحضارية والتشريعية والتاريخية التي أشرت إليها ، وتتمثل فصول هذه القصة في عدد من المشاهد .

يبدو أولها فيما يعبر عنه الحوار الذي دار بين الخديوي إسماعيل حاكم مصر

الشهير وبين رفاعة الطهطاوي ، والذي نقله رشيد رضا في كتابه تاريخ الإمام . ويذكر إسماعيل في هذا الحوار أن أوربا تضطره إلى العمل بقوانينها ، ويرجو من رفاعة لهذا أن يقوم بتأليف كتاب في الفقه سهل العبارة مرتبا ترتيبا يتيسر معه رجوع القضاة والمتقاضين إلى الأحكام الشرعية . وقد رفض رفاعة اتباع هذا الأسلوب في التأليف حتى لا يطعن في دينه أحد من شيوخ الأزهر الذين دأبوا على اتباع أسلوب المتن والحاشية في التأليف ، ولن يقبلوا الخروج على طريقتهم ، وسيثورون على من يخرج على هذه الطريقة ، وقد ينسبونه إلى الزيغ أو الفسق .

3 - ويتضح من هذا المشهد الضغط الغربي في التحول عن الفقه الإسلامي إلى القوانين الغربية . ويبدو إسماعيل الخديوي النشيط في مشهد آخر مع رفاعة أيضا ، حيث يطلب منه القيام بترجمة قوانين أوربا فيستجيب رفاعة هذه المرة ، ويقوم بترجمة قانون نابليون أو القانون المدني الفرنسي . ويصدّر رفاعة الطهطاوي ترجمته لقانون أوربا أو القانون المدني الفرنسي بالإشارة إلى طلب الخديوي إسماعيل لهذه الترجمة فيما يشير إلى هذا المشهد .

أما المشهد الثالث فيبدو في التكليف الذي وجهه الخديوي إسماعيل نفسه إلى شخص آخر هذه المرة ، هو الشيخ مخلوف بن محمد البدوي المنياوي الأزهري (1235 هـ - 1295 هـ / 1878 م) قاضي المنيا . ويقضي هذا التكليف بتعقيب هذا العالم الأزهري على نصوص القانون المدني الفرنسي من وجهة المذهب المالكي ، لبيان أوجه الاتفاق الغالبة وأوجه الاختلاف المحدودة بين هذا القانون وبين المذهب المالكي . وقد أشار الشيخ مخلوف في مقدمة كتابه إلى هذا التكليف .

4 - ويبدو من هذه المشاهد المتصلة طبيعة الضغوط الموجهة إلى السلطة السياسية في مصر ، كما يبدو اتجاه هذه السلطة إلى البحث عن حل بالرجوع إلى العلماء لطلب إعادة صياغة الأحكام الشرعية المدونة في كتب الفقه صياغة عصرية ، تستفيد من الترتيب القانوني للفصول والموضوعات والمواد . وقد جدت هذه السلطة في البحث عن حل آخر بعد رفض الحل الأول ، وتمثل هذا الحل في طلب ترجمة قانون أوربا الذي كان يطلق آنذاك على القانون المدني الفرنسي ، والتعقيب على مواد هذا القانون وأحكامه من وجهة الفقه المالكي ، للنظر في اتخاذ

موقف مناسب من هذا القانون فيما بعد . وكان رفاعة الطهطاوي هو الذي قام بالترجمة ، كما كان الشيخ مخلوف المنياوي هو صاحب التعليقات التي تضمنت الحكم على مواد هذا القانون بالاتفاق مع الفقه المالكي أو الاختلاف عنه .

5 – ولابد لي من التعبير عن إعجابي بمنهج التعقل والاتزان الذي بدا في اتخاذ الخديوي إسماعيل هذه الخطوات العلمية قبل اتخاذ موقف عملي من هذا القانون .

6 – وقد هدف المؤلف إلى إثبات الاتفاق أو الاختلاف بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي ، وهذا هو ما سيطر على كتابه وشكل أسلوبه فيه . ذلك أنه يعمد من حيث الشكل الذي اختاره إلى إثبات المادة القانونية الفرنسية برقمها ثم يعقب على ذلك بذكر اتفاق أحكامها أو اختلافها مع ما يماثلها من فقه المذهب المالكي .

ولا يخطئ الناظر إلى عمل الشيخ مخلوف المنياوي سيطرة اهتمامه بلمح أوجه التشابه بين أحكام القانون الفرنسي ونظائرها الفقهية . ولعل هذا التركيز هو المسئول عن هذا النوع من المقارنة الجزئية التي تبدو في اقتصاره على ذكر بعض البنود أو المواد القانونية لبيان ما يشبهها من المذهب المالكي ، وإغفال الكثير منها ، مما عساه أن يتسع فيه الخلاف بين طرفي المقارنة .

7 – وعلى الرغم من فائدة مثل هذا المنهج الذي يعتمد المقارنة الجزئية لإثبات التشابه بين نظامين تشريعيين متباعدين وتأثير أقدمهما تطورًا في الآخر فإن هناك العديد من الملاحظات التي تؤخذ على هذا المنهج ، لعل أبرزها أن طمس معالم الخلاف والتأكيد على جوانب الاتفاق من شأنه أن يقدم صورة مبتسرة وناقصة عن حقيقة العلاقة بين طرفي المقارنة .

ومع ذلك فقد كان لمح التشابه بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي وإثبات تأثير هذا الفقه على هذا القانون ذا نتائج متباينة ، حيث أسهم هذا النظر في تأكيد الثقة بالفقه الإسلامي والأحكام التي يتضمنها إبان اشتداد الهجوم عليه واتهام علمائه بالجمود والتخلف وضيق الأفق . ومن جهة أخرى فقد أدى ذلك بعد فترة قليلة إلى تبرير الاستمداد من القانون الفرنسي في المحاكم المختلطة (1876) وفي التطورات القانونية التالية لذلك (1883) بحجة أن هذه بضاعتنا ردت إلينا .

8 – لقد فرح المتلقون لكتاب الشيخ مخلوف المنياوي بما أثبته من غلبة التشابه بين

النظامين الموضوعين للمقارنة ، دون أن يبذلوا مجهودا مناسبا في التحليل وتحديد الأسئلة التي يثيرها هذا التشابه والبحث عن إجابات معقولة لها بغية اكتشاف طريقة عمل النظامين المقارن بينهما ومعرفة أساليب كل منهما على المستوى الإجرائي والموضوعي في الاستجابة للمصالح الاجتماعية وتحقيقها مما عساه أن يساعد في إكمال جهد الشيخ مخلوف وتطويره . ونأمل أن يسهم نشر هذا الكتاب في تشجيع الباحثين على اختبار منهج المقارنة الذي اتبعه مؤلف هذا الكتاب ، وتطوير هذا المنهج بما يثريه ويعمقه ، مما يعود في النهاية على الدراسات الفقهية بالفائدة .

9 – منهج المؤلف في المقارنة :

راد الشيخ مخلوف طريق المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي . وهو غير مسبوق في هذا الذي ارتاده ، مدفوعا في ذلك بالظروف السابقة الذكر (رغبة الخديوي إسماعيل في التعرف على العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين الأوربية والضغوط الغربية في تغيير الأوضاع التشريعية السائدة في البلاد ، وإذا كانت هذه الريادة مما يسجل للمؤلف فإنها يجب أن توضع في الاعتبار عند استخلاص منهجه في المقارنة والحكم على هذا المنهج .

ولكن ما هي عناصر هذا المنهج ومفرداته ؟

10 – **التماثل والتشابه** : يركز الشيخ مخلوف على رصد أوجه التشابه والتماثل بين الأحكام الشرعية المتضمنة في المذهب المالكي وبين أحكام القانون المدني الفرنسي ، وهو ما يشير إليه في مقدمة كتابه بقوله : « هذه جملة دقائق من مذهب مالك إمام دار الهجرة النبوية ، بينها وبين بنود قانون أوربا (القانون المدني الفرنسي) موافقة أو مناسبة جلية » . وهو بهذا لا يتعرض لأوجه الاختلاف بين النظامين ، بل يقتصر على الاتفاقات الواضحة أو المناسبات الجلية .

ولكن لماذا الاكتفاء بهذا الوجه ، والاقتصار على معرفة الاتفاق دون الاختلاف؟ هل السبب هو الرغبة في إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي عن طريق عد المشابه والاتفاقات ؟ مما يقوى مثل هذا التفكير أن مناهج المقارنة بين النظم القانونية ظلت منحصرة في حدود الرغبة في إدراك علاقات التأثير والتأثر ، وهو ما يستلزم التركيز على أوجه الاتفاق وحدها .

ويجدر الالتفات مع هذا إلى تطور مناهج المقارنة القانونية بالجمع بين عناصر الاتفاق والاختلاف في تحليل كيفيات عمل النظامين الموضوعين للمقارنة ، وإدراك كيفية تطورهما ، ومعرفة الظروف التاريخية التي تطورا فيها . ومع أن هذا هو الاتجاه الغالب في الدراسات القانونية المقارنة فإن من العسير القول بوجود اتفاق عام على مفردات منهج المقارنة القانونية .

11 – ويكفي هذا لتقدير جهد الشيخ مخلوف في ابتكار منهجه الذي بناه في هذه المقارنة بالتركيز على أوجه الاتفاق . ولا يملك المرء إلا أن يتساءل عن أثر هذا المنهج القائم على تحديد الاتفاق بين النظامين في قبول النظم القانونية المستمدة من الغرب بترديد مقولة أن « هذه بضاعتنا ردت إلينا » .

إننا نستبعد أن يكون هذا الخاطر قد دار بخلد الشيخ مخلوف . ونرجح أن يكون حرص الشيخ على بيان أوجه الاتفاق بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي بهدف الدفاع عن الفقه الإسلامي ، لتعريف أولي الأمر بحقيقة هذا الفقه وأنه يقدم نظاما تشريعيًّا يتشابه مع غيره من النظم القانونية الراقية ، بل ويحتمل أن يكون قد أثر في تكوينها ونشأتها .

ومن المحتمل مع هذا كله أن يكون الخديوي إسماعيل ، بإشارة من كبار مستشاريه الذين كان يفزع إلى نصائحهم من أمثال رفاعة الطهطاوي ، هو الذي أغرى الشيخ باتباع منهج الوقوف على أوجه التشابه والاتفاق ، خاصة وأن الخديوي إسماعيل هو الذي حرض الشيخ مخلوف على تأليف هذا الكتاب ، كما أن رفاعة لم يكن بعيدا عن مشروع هذا المؤلف ، فقد قام هو بترجمة القانون المدني الفرنسي الذي علق الشيخ على بنوده كما سبق القول .

12 – التقليد والاجتهاد : لا يلزم الشيخ مخلوف القاضي باتباع إمام مذهبه الذي ينتسب له ، ويستشهد على هذا بما حكى من قول العلماء : إن هذا الإمام المُقَلَّدَ ليس رسولا أرسل إلى المقلِّد ، كما يستدل على وجوب تقليد القاضي إمامه بحكاية اختلاف الفقهاء في هذا . ويصير الشيخ من هذا إلى أنه يصح للقاضي مخالفة مذهب إمامه بالتخير من المذاهب والآراء الفقهية المختلفة ما يحقق المصالح ويمنع المفاسد . وقوله في هذا : « متى قال أي مجتهد من الأئمة بشيء فيه منع

الفجور فللحاكم تقليده » ، ومعناه أنه يجوز للحاكم (القاضي ومن يسن القوانين) ألا يلتزم برأي إمام المذهب الذي ينتسب إليه ، وأن يأخذ برأي إمام آخر ، إذا كان رأيه أكثر مناسبة لمنع المفسدة .

ويجب أن يوضع هذا الرأي في إطاره التاريخي لتقديره حق قدره وفهم ما يدعو إليه صاحبه . لقد كان السائد في هذا الوقت هو المتابعة والتقليد لمذهب من المذاهب ، يلتزم به القاضي في حكمه ، ولا يحق له أن يتعداه إلى غيره مما هو مدون لدى سائر المذاهب الأخرى ، وأدى هذا الرأي بغير شك إلى التضييق على الحكام والقضاة في تحقيق المصالح ودرء المفاسد ، وهو ما استشعره الشيخ مخلوف الذي اشتغل بالقضاء فترة طويلة ، فرأى الحل في إباحة التخير من المذاهب الفقهية وعدم التقيد في القضاء والأحكام بمذهب من المذاهب .

وتجدر الإشارة إلى ارتفاع أصوات المطالبين بإباحة التخير من المذاهب الفقهية في أواخر القرن الماضي وأوائل هذا القرن ، حتى في مجال أحكام الأسرة ، على النحو الذي ظهرت بوادر نتائجه في تشريعات الأحوال الشخصية الصادرة في كثير من بلاد العالم الإسلامي .

ولا يكتفي الشيخ بإباحة التخير من المذاهب الفقهية لتحقيق المصالح ومنع المفاسد ، بل يطالب أكثر من ذلك بصريح الاجتهاد ، ويسوغ الشيخ ضرورة الاعتماد على الاجتهاد بكثير من النقول التي يبين منها ربطه بين الاجتهاد وتجدد الوقائع والمشكلات وحدوث ما لم يكن موجودا منها زمن الأئمة ، مما يستدعي مواجهتها والتعرف على حكمها الشرعي باجتهاد حادث .

13 – **التقنين** : يسلم رأي الشيخ في عدم لزوم التقليد وإباحته الاجتهاد إلى إباحته التقنين لولي الأمر ، وإلزامه قضاته بالأحكام التي تستأصل الشر وتمنعه ، وتحض على الخير وتيسره . ويسوغ الشيخ صدور هذه القوانين بالنظر إلى قبول العلماء للسياسات الشرعية العادلة . وهو يشير إلى أقوال الفقهاء بشأن العقوبات المغلظة (مثل إدامة الحبس لبعض أهل الشر ، وهو الحبس المؤبد) وقبولهم لها ، واعتبارهم ذلك مما يدخل في السياسة الشرعية العادلة .

ولا يغيب عن البال أن تسويغه لحق الحاكم في اختيار أحكام معينة لإلزام القضاة بتنفيذها من منطلق مقررات الفقهاء بشأن السياسة الشرعية هو أمر ذو دلالة واضحة من وجهين :

أولهما : أن للحاكم العمل على إصدار قوانين معينة ملزمة للرعية والقضاة ، ويؤكد رأيه هذا بذكر ما قاله بعض أئمة المذهب المالكي ، وهو أن « ترك قوانين السياسة يؤدي إلى الضرر » وهو منفي بقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » . ويتفق هذا الذي ذكره في مقدمة كتابه مع سعيه إلى تلمس أوجه الشبه بين المذهب المالكي والقانون المدني الفرنسي . وهو بهذا يرى جواز تخير أولي الأمر لآراء فقهية تحقق المصالح وتمنع المفاسد وتتفق مع الأصول الشرعية ، وإلزام الكافة والقضاء بها .

والآخر : شرعية إصدار القوانين والفرمانات التي توالى صدورها في مصر ، سواء ما جاء من قبل الخلافة العثمانية ، أو التي أصدرها محمد علي كقوانين الفلاح ، أو التي أصدرها خلفاؤه من بعده . ولا يمنع الشيخ هذه القوانين لذات الأسس التي أباحت للحاكم فرض قوانين السياسة ، وهي رعاية المصالح ومنع المفاسد .

ومن هذا تتضح أهمية اعتبارات المصالح ومنع المفاسد في إقراره للقوانين القائمة منذ أيام محمد علي ، وإدراجها بوجه العموم ضمن السياسة الشرعية العادلة . وهو من جهة أخرى يقر ما يراه موافقا من القوانين الغربية الأصل إذا كانت محققة للمصلحة ولا تتصادم مع الأسس الشرعية .

14 – موقفه من القانون الفرنسي : لا نجد فيما عبر عنه الشيخ مخلوف في مقدمة كتابه أو في أثناء مقارنة بنود هذا القانون ، ما يدل على نوع من النفور منه أو الإعلان عن الكراهية له ، أو أي شيء من هذا ، وإنما نجد بدلا من ذلك هذه الرصانة وتلك الجدية في عرض بنود هذا القانون والتعقيب عليها بذكر النصوص المؤيدة للتشابه بين ما جاء به القانون وما هو موجود في مؤلفات المذهب المالكي ، أو بالإرشاد إلى المبادئ والقواعد الشرعية الشاهدة لهذه البنود بالاعتبار .

ولعلنا نفهم من هذا الحياد الواضح في أسلوب التناول أن الموقف العام للشيخ هو قبول أحكام القانون المدني الفرنسي إذا أيدتها النصوص الشرعية أو الاجتهادات الفقهية . إنه لا يبحث عن مصدر القاعدة القانونية لقبولها أو رفضها لهذا الاعتبار وحده بقدر ما يبحث عن طبيعة هذه القاعدة ، وموافقتها لأصول الشريعة وآراء الفقهاء أو مخالفتها لهذه الأصول وتلك الآراء .

ويشبه عمل الشيخ في هذا ما قام به فقهاء القرن الأول الذين قاموا بمراجعة الأعراف

السائدة في الجزيرة العربية والبلاد المفتوحة للحكم على هذه الأعراف بالقبول أو الرفض ، وبالحل أو الحرمة ، تبعا للموافقة أو المخالفة لأصول الشريعة ومبادئها .

15 – إقرار النظريات القانونية : يجتهد الشيخ مخلوف اجتهادا واضحا في تبني العديد من النظريات والقواعد القانونية التي وردت في القانون المدني الفرنسي ، فيما يظهر من الجهد الكبير الذي يبذله لبيان مشابهتها لقواعد المذهب المالكي .

وعلى سبيل التوضيح فإنه يرى موافقة البند الأول من القانون المدني الفرنسي للشرع في وجوب امتثال الكافة للقوانين التي تصدرها الحكومة ، إذا كانت هذه القوانين غير معصية ، وذلك بمجرد بلوغ هذه القوانين سائر الجهات والأقاليم . ذلك أن هذا البند ينص على وجوب العمل بالقوانين في سائر جهات البلاد التابعة للدولة بمجرد صدور الإذن بنشرها وإعلانها من ولي الأمر ، وأن يكون ذلك الإذن معلوما في كافة نواحي المملكة .. ويعتبر إعلان ذلك الإذن الملوكي بإعلانها في المديرية التي فيها مركز الحكومة . وإنما يستدل الشيخ مخلوف على موافقة هذا البند للشرع بإيراد عدد كبير من المقدمات ، من بينها حاجة الإنسان إلى الاجتماع مع غيره للتعاون في تحصيل معاشه ، ولا يتحقق هذا التعاون إلا بوجود قوانين كلية وإمام يقوم بإجراء هذه القوانين وتنفيذها للحفاظ على الحقوق وضمان العدل . وقد أوجب الشرع طاعة الإمام واتباعه في اجتهاده ومذهبه في كل ما لم يكن معصية بشرط بلوغ أمره حتى يمكن الاتباع والطاعة .

ولا يستدل الشيخ مخلوف على وجوب طاعة القوانين التي تصدرها الدولة بهذه الأدلة المعقولة التي تستند إلى المصالح الاجتماعية فحسب ، بل يضم لذلك هذه الأدلة النصية الشرعية ، وذلك بذكر الآيات القرآنية التي توجب طاعة الله ورسوله وأولي الأمر ، وكذا التي توجب لزوم الجماعة وعدم التفرق ، كما أنه يذكر الأحاديث النبوية التي توجب طاعة الأمراء والنصح لهم والإخلاص في طاعتهم ؛ لأنهم ظل الله في الأرض .

ولا تترك هذه الأدلة المتتابعة التي يسوقها المؤلف بدأب واضح أي لبس في موافقة هذه القاعدة القانونية للقواعد الشرعية بعامة ولقواعد المذهب المالكي بخاصة ، وهو لا ينسى لهذا الإشارة إلى شرح ابن عرفة وغيره لتأكيد هذه الموافقة .

16 – مسلكه في إجراء المقارنة : يلخص هذا المثال السابق مسلكه في إجراء المقارنة ، حيث يبدأ أولا بذكر البند (المادة) القانوني برقمه من القانون المدني الفرنسي ، كاملًا أحيانا أو ناقصا في أحيان أخرى ، لينتقل من ذلك إلى التعليق عليه بذكر ما يقابله من القواعد الشرعية العامة أو من أحكام المذهب المالكي كي ينتهي من هذا إلى استنتاج مشابهة الأحكام التي تضمنها البند للقواعد الشرعية ولأحكام المذهب المالكي .

وينبغي أن نشير إلى أنه لا يستقصي بنود القانون المدني الفرنسي ومواده في إجرائه للمقارنة ، وإنما ينتخب أهم هذه البنود ، وما يراه شبيها بالقواعد الشرعية العامة والاجتهادات المدونة في المذهب المالكي .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يعتمد تحليل أحكام البند القانوني لإفراد النظريات والمبادئ القانونية التي يعبر عنها البند الموضوع للمقارنة ، وإنما يعلق على البند تعليقا عاما بما يكفي لإقامة الاتفاق والمشابهة ، وعلى سبيل المثال فإنه يذكر نص البند الثاني من القانون المدني الفرنسي الذي تضمن قصر تطبيق القوانين على الوقائع والحوادث الحاصلة بعد الإعلان عن هذه القوانين ونشرها . ويعقب الشيخ مخلوف على هذا البند الذي يتعلق بقاعدة عدم رجعية القوانين وقصر تطبيقها على الوقائع الحادثة بعد صدورها والإعلان عنها فيشير إلى ما جاء في مختصر خليل من أن حكم الحاكم لا يتعدى للحالات المماثلة السابقة ، كما يشير إلى قضاء عمر بعدم التشريك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء ، فيما يعرف بالمسألة المشتركة [1] صَدْرَ خلافته ، وقضائه في العام الثاني من خلافته بالتشريك بينهم ، ورفض إجراء المشاركة في الحوادث السابقة على قضائه الأخير قائلا : ذاك على ما قضينا وهذا

(1) تتحقق المسألة المشتركة فيما لو اجتمع في الميراث زوج وأم وأخوين لأم وإخوة أشقاء ، حيث قضى عمر في هذه المسألة أول الأمر بإعطاء الزوج النصف والأم السدس والثلث للأخوين لأم ، ويرث الإخوة الأشقاء بالتعصيب فلا يبقى لهم شيء بعد استغراق الفروض التركة كلها . وقد رفض الإخوة الأشقاء التسليم بهذا الحكم ، ودافعوا عن حقهم في الميراث بأنهم يشتركون مع الأخوين للأم في قرابتهم للمتوفاة عن طريقها ، لكنهم زادوا على ذلك اتصالهم بالمتوفاة بالاشتراك في الأب ، وقد طلبوا عدم النظر إلى الاشتراك مع المتوفاة في الأب ، وذلك بقولهم في مرافعتهم الحانقة : « هب أن أبانا كان حمارًا أو حجرًا ملقى في اليم ، ألسنا من أم واحدة » وقد اقتنع عمر بهذه المرافعة وأشرك الإخوة الأشقاء مع الأخوين لأم في فرض الثلث .

على ما نقضي ، ولم ينقض اجتهاده السابق باجتهاده الآخر ، وينتهي من ذلك إلى نتيجته المألوفة وهي أن البند موافق للمذهب .

17 – ويجدر الالتفات إلى مسلكه من الاكتفاء في تعليقاته على البنود القانونية بذكر الأمور العامة وترك التفصيلات . من ذلك أنه في حديثه عن البند السابع المتعلق بإمكان تمتع غير الفرنسيين بالحقوق المدنية المقررة للفرنسيين ، نراه يشير بوجه العموم إلى المبدأ الشرعي القاضي بأن « من دخل تحت حكومة حاكم ولو جاء من جهات بعيدة كان له حق في الحماية والتأمين على النفس والمال وغير ذلك مما يعامل به أهل الوطن » . وهو ينتقل من هذا التعليق الموجز إلى إثبات قضية التشابه ، دونما إشارة إلى أحكام المستأمن التي تؤكد هذا التشابه .

ومن الواضح أنه يؤثر الاختصار والإيجاز في تعليقاته أحيانا ، كما في تناوله للبند السابق الذكر ، على حين أنه ينزع إلى شيء من الاستقصاء والتطويل أحيانا أخرى ، كما رأينا في تعليقه على البند الأول .

ولعل السبب في الاختصار الذي يتسم به تناول البنود القانونية والتعليق عليها هو كثرة هذه البنود والأحكام والقواعد التي تتضمنها ، فضلا عن أن الشيخ مخلوف لم يكن قد سبق بمحاولات مماثلة تساعده على تحقيق شيء من الاستقصاء في تناوله . ويبدو أن هذا الاستقصاء المطلوب لم يكن في وسع الشيخ لضيق الوقت المتاح له لإنجاز عمله ، أو لأنه لم يدخل في قصد المؤلف ؛ لاكتفائه بإثبات قضية التشابه والاتفاق ، وهو لم يشأ لهذا أن يدخل في تحليلات أعمق من هذه الملاحظات العامة المحققة لهدفه .

18 – **ملكة التخريج** : لعل أهم ما يتميز به تناول الشيخ هو قدرته على إدراك جوهر القاعدة القانونية والتماس مايشبهها وما تندرج تحته من قواعد المذهب المالكي والأصول الشرعية العامة ، مما قد يدق في النظر أو يغيب عن الإدراك . يوضح ذلك أن الصياغة الحديثة للقاعدة القانونية مختلفة عن الصياغات المألوفة للمسائل الفقهية . ولعل أهم الفوائد التي نجنيها من متابعة جهد الشيخ في هذه المقارنة هو التعرف على طريقته في إدراك جوهر القاعدة القانونية عن طريق استبعاد خصوصية صياغتها ، لتيسير اكتشاف ما يشابهها من القواعد الفقهية والأصول الشرعية .

وتكمن صعوبة القيام بهذا العبء في اختلاف أسلوب كلا النظامين المقارن بينهما في الصياغة للقواعد والأحكام التي يتضمنانها ؛ إذ تتميز صياغة القانون المدني الفرنسي بالتجريد والعموم بخلاف الصياغة المألوفة في الفقه الإسلامي التي تتسم بتتبع المسائل الجزئية التي حكم القضاة فيها أو في نظائرها أو أفتى فيها المفتون والفقهاء . ويقترب أسلوب الفقه الإسلامي في الصياغة على هذا النحو من أسلوب القانون العرفي الإنجليزي بقدر ما يبتعد عن الطريقة المألوفة في القانون الفرنسي . وقد وجب على الشيخ لهذا أن يتجاوز خصوصيات الصياغة في النظامين الفقهي والفرنسي حتى يمكنه إجراء المقارنة بينهما . ولعله استطاع القيام بهذا الجهد بالالتفات إلى المضامين المجردة العامة للمسائل الفقهية ، والمبادئ التشريعية التي تعبر عنها هذه المسائل . ولعل هذه الطريقة في قراءة المسائل الفقهية والوعي بما تعبر عنه من مبادئ هو أحد أهم أوجه الإفادة من تجربة الشيخ في دراسته المقارنة .

وعلى سبيل التوضيح لأسلوبه في التخريج أن البند السابع عشر من القانون المدني الفرنسي يتعلق بتحديد الأسباب التي تزول بها صفة المواطنة الفرنسية عن الموصوف بها . وتنحصر هذه الأسباب في ثلاثة أمور .

أولها : اكتساب صفة المواطنة في بلد أجنبي .

والثاني : الدخول في خدمة ميرية في حكومة أجنبية دون إذن رسمي .

والثالث : الاستيطان في بلد أجنبي .

والذي يرد إلى الذهن للوهلة الأولى أن هذه الأحكام ليس لها نظير في مدونات الفقه الإسلامي . غير أن الشيخ يلتفت إلى بعض النصوص الفقهية التي يستنتج منها قيام التشابه بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي في هذه الأحكام . من ذلك ما يشير إليه مما ورد في مختصر خليل وشرح الأجهوري أن من حلف لا يتزوج مصرية انصرفت يمينه إلى من أبوها مصري وإلى الطارئة إن تخلقت بخلقهن . بل وقع لسحنون فيمن حلف لا يتزوج من الأعراب فانقلبت امرأة إلى الحاضرة فسكنتها وانقطعت عن البادية لم يحنث فيها ... فكل ذلك يفيد أن الاستيطان في بلد .. « يوجب كون المستوطن معدودا من أهل تلك البلد التي استوطنها ، وتزول عنه النسبة إلى الموضع الذي كان فيه قبل الاستيطان » .

وهكذا جاء النص القانوني في موضوع عام هو اكتساب صفة المواطنة أو زوالها ، على حين جاءت النصوص الفقهية في موضوع مختلف عن ذلك وهو موضوع الأيمان . وهو مع ذلك يلتفت إلى ما تشير إليه المسألة من بعيد ، وهو إمكان تغير نسبة الشخص إلى بلده باستيطانه في بلد آخر .

19 – **الأصول الشرعية العامة** : يتجه المؤلف إلى الاستشهاد بالنصوص الفقهية المتضمنة في المذهب المالكي على النحو الذي رأيناه في المثال السابق الذكر المتعلق بزوال صفة المواطنة . ومع ذلك فإنه يلجأ في كثير من الأحوال إلى الاستدلال على التشابه بالرجوع إلى الأصول الشرعية العامة . من ذلك أن البند 34 يوجب ذكر ألقاب وأسماء وأعمار ومساكن وصنائع من وجب تسجيل أحوالهم من الولادة أو الوفاة أو الزواج في السجلات الخاصة بذلك . ولا يجد الشيخ في المدونات الفقهية مثل هذا الترتيب ، فينتقل إلى الأصول العامة ليؤكد في تعليقه على هذا البند أن « كتابة النكاح والوفاة والولادة بالسجل على وجه ما ذكر أمر لا يأباه الشرع ، بل تميل إليه عبارات فقهاء المذاهب ، فللبند مناسبة واضحة به » ويتفق هذا الميل عنده مع ما لاحظناه من قبل من أن انتسابه إلى المذهب المالكي لم يكن قيدا يمنعه من الأخذ بما في المذاهب الأخرى ، أو من الاستناد إلى الأصول الشرعية العامة لتقدير المناسبة أو المخالفة للبند والأحكام الشرعية .

20 – **الإشارة إلى فائدة الضبط القانوني** : يشيد الشيخ أحيانا بالمصلحة التي يحققها النص القانوني ، وهذا دليل على سماحة واضحة في نظرة الشيخ للقوانين الأجنبية ، وقبوله الأخذ منها بما لا يخالف النصوص الشرعية والقواعد الفقهية . ويتضح ذلك بالرجوع إلى البند رقم 41 ، حيث جاء فيه النص على وجوب إعطاء صفحات السجل أرقاما منضبطة ، حتى لا يتيسر انتزاع بعض هذه الصفحات أو التلاعب فيها ، وهو يعلق على هذه القاعدة بأن « هذا أمر لا يأباه الشرع ، بل فيه مزيد ضبط ، فلا بأس به في الدفاتر والسجلات » . ويدل هذا على فائدة المقارنة في التعرف على الأساليب المختلفة لتحقيق المصالح ومنع المفاسد ، وذلك لاختيار أنسبها ، ما لم يتعارض ذلك مع الأصول الشرعية العامة .

21 – **قضية المصطلحات** : تأثر الشيخ بدراسته الفقهية في إطلاق المصطلحات

الفقهية على المعاني والمضامين القانونية . لذا نراه يطلق على قانون العقوبات والجنايات مصطلح قانون الحدود والجنايات ، وعلى القانون المدني الفرنسي قانون المدينة . ومن الواضح أنه لا يشير بقوانين الحدود إلى شيء معين في النظام القانوني الفرنسي ، مما يصح إطلاق هذا الاصطلاح عليه ، وإنما يستخدم هذا المصطلح بشيء من التوسع للدلالة على معنى العقوبات . ولعله تأثر في استخدام هذا المصطلح بالترجمات التي قدمها رفاعة الطهطاوي وأعوانه للقوانين الفرنسية ، والتي توالت في الصدور في هذه الفترة . وقد يحسن في هذا المقام الالتفات إلى وجوب دراسة تأثير هذه الترجمات في اللغة القانونية الحديثة والمعاصرة .

22 – **تقويم منهجه في المقارنة** : يقوم منهج الشيخ مخلوف على إثبات التشابه بين القانون الفرنسي والنظام الفقهي كما تقدم في الموضوعات التي يشتمل عليها هذا القانون . ولا شك في فائدة إدراك هذا التشابه وإثباته في التعرف على تطور النظام الفقهي واستجابته للمصالح الاجتماعية ، وتحقيقه لذات المصالح التي كان يسعى إليها النظام القانوني ، وذلك بالاعتماد على المفاهيم والمضامين المشتركة بينهما . ومع ذلك فقد أغفل الشيخ العديد من النقاط والموضوعات التي كان يتعين عليه النظر فيها للوصول إلى فهم أفضل لحقيقة العلاقة بين النظامين ، وذلك كالتعرض لبدايات التطور فيهما ، والأسس العامة التي يقومان عليها ، وأساليب الصياغة المتبعة في كليهما ، وإصدار التشريعات والقوانين ، ونظام التقاضي فيهما ، وما إلى ذلك مما يساعد على الوصول إلى فهم أعمق لكلا النظامين .

وعلى الرغم من التسليم بأن المنهج المتبع في هذه المقارنة ليس هو المنهج الكامل البريء من النقص ، فإن النتائج التي قاد إليها بشأن التشابه مما يستحق النظر والاعتبار . وقد يؤدي نشرها الذي تأخر طويلًا ، لأسباب عديدة تتعلق بالتحديد السائد للدور المتوقع من الفقه الإسلامي ، إلى الإسهام في إعادة صياغة هذا الدور .

ويجب الالتفات إلى نبرة الشيخ الهادئة في تناول موضوعات المقارنة ، دون انفعال أو إلحاح على علو النظام الفقهي ورقيه عن النظام الآخر ، مما بدأ يشيع في لغة الدراسة الفقهية بعد الاحتلال الغربي وفرض نظمه القانونية في البلاد الإسلامية . ولا حاجة إلى توضيح الأسباب النفسية والاجتماعية التي أوجبت

شيوع هذه اللغة في الخطاب والدراسة الفقهية ، لتلمس جوانب التفوق الكامنة في الفقه ، وترديدها . ولا تناقش في ذلك بمعايير الصواب والخطأ ، وإنما يجدر أن نلاحظ الانصراف الكامل للشيخ إلى المقارنة وإثبات أوجه الاتفاق والتشابه بلغة محايدة رصينة ، تتضمن الاعتراف أحيانا دونما حرج إلى بعض ما تتضمنه الإجراءات القانونية من ضبط وتحقيق للمصالح . وإنما نلفت النظر إلى طبيعة اللغة المحايدة التي تظهر في تناول الشيخ لدلالتها من الوجهة التاريخية على أن الدراسة الفقهية لم توضع حتى هذه الفترة في مركز الدفاع أو الهجوم ، وهو الأمر الذي حدث عقب هذه التطورات التشريعية التي مكن لها الاستعمار الغربي في مصر وغيرها من بلاد العالم الإسلامي .

23 – **مستقبل الدراسات الفقهية المقارنة** : لقد نالت البلاد العربية والإسلامية حريتها السياسية واستقلالها ، وطردت هذه القوى الغربية من بلادها ، وتسعى هذه البلاد إلى التمكين لهذا الاستقلال بتحقيق التقدم الاقتصادي والتنمية ونشر التعليم وحل المشكلات الاجتماعية ، ولا يتحقق هذا كله في غياب نهضة تشريعية تيسر الأداء الاجتماعي وتضبطه وتنظم وجهته . ويتزايد الاتفاق في العالم الإسلامي على أنه لا يمكن تحقيق هذه النهضة التشريعية في غيبة الفقه الإسلامي بثراء مبادئه وتأثيرها في نفوس الناس وتشكيلها للعدل الذي يريدونه لأنفسهم ولمجتمعهم . وفي اعتقادنا أن للدراسة الفقهية المقارنة دورا بالغ الحيوية في إثراء التفكير الفقهي ، وتطويره بما يحقق المصالح الاجتماعية ، بل وفي تعريف الغرب بثراء هذا التفكير وإنسانيته واشتماله على المبادئ اللازمة لبناء أي مجتمع متحضر . ولعل هذا هو ما أراده الملك عبد العزيز آل سعود حينما وجه عددا من طلاب القانون الأمريكي إلى الدراسة المقارنة لقانونهم بأحكام الفقه الإسلامي ، وهو ما كان له أثره في اهتمام العديد من الجامعات الأمريكية بدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة . ولا شك في تأثير تشابك علاقات بلاد العالم الإسلامي مع غيرها ، وتزايد معاملاتها مع هذا الغير في عصر ثورة المعلومات والاتصالات ، على تأكيد أهمية الدراسات الفقهية المقارنة . وليس نشر كتاب الشيخ مخلوف الذي نقدم له إلا خطوة في طريق طويل ممتد .

24 – أما نشر هذا الكتاب الذي تأخر أكثر من قرن كامل من الزمان نشرا محققا ، فقد أخذ منا جهدا ووقتا غير قصير ، استغرقناه في العثور على مخطوطته والبحث عن غيرها وتحقيق نصوصه وتوثيقها ودراسته ، ونأمل أن يسهم هذا الجهد في تطوير الدراسات المقارنة التي لاغنى عنها لتطوير الدراسات الفقهية .

25 – المخطوط : قد تيسر لنا – بعون اللّه – الحصول على نسخة من المخطوط تقع في جزئين من دار الكتب المصرية .

الجزء الأول :

نسخة دار الكتب المصرية (رقم 278 قوانين ميكروفيلم) وتقع 187 ورقة قياس 13 × 21 سم كتبت بقلم معتاد كتبها : محمد أحمد فتح الله .

وقد فرغ منها في 1922/3/19 م بعد وفاة المؤلف بـ 44 سنة وكتب على لوحة العنوان البيانات التالية :

عنوان المخطوط :

تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس .

المؤلف :

محمد حسنين بن محمد بن مخلوف العدوي (1235 هـ – 1295 هـ) .

الأجزاء : 2 .

أوله : بعد البسملة الحمد لله الذي شرع لنا ما بيسره انتظام الأمر في سائر الأعصار ، وما جعل علينا في الدين من حرج يؤدي بأهل البغي إلى التمادي والإصرار ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث بالحنفية السمحة وعلى أهله وأصحابه .

آخره : تم نسخ هذا الكتاب بقلم الفقير إلى مولاه في 1924/3/17 م .

الناسخ : محمد أحمد فتح الله .

عدد الأوراق : 187 .

المقاس : 23 × 16

الجزء الثاني :

نسخة دار الكتب المصرية (رقم 278 قوانين ميكروفيلم) وتقع في 198 ورقة قياس 13 × 21 سم كتبت بقلم معتاد كتبها : حسن مصطفى شريف علي .

وكتب على لوحة العنوان البيانات التالية :

عنوان المخطوط :

تطبيق القانون المدني على مذهب الإمام مالك بن أنس

المؤلف : محمد حسنين بن محمد بن مخلوف العدوي (1235 هـ – 1295 هـ) .

الأجزاء : 2

أولة : البسملة والصلاة على سيدنا محمد وعلى أهله وصحبه . في الكتاب الخامس في الشروط الواقعة بين الزوجين في عقد النكاح .

آخره : تم بحمد الله وعونه وحسن توفيقه على يدي كتابه راجي عفو ربه اللطيف ، اسم الناسخ : حسن مصطفى شريف علي .

عدد الأوراق : 198 .

المقاس : 16/23 .

هذا ولا توجد نسخ أخرى غير هذه النسخة للمؤلف ولذلك فقد اعتمدنا عليها أصلًا .

٢٧٨

تطبيق القانون المدني والجنائي
على مذهب الإمام مالك
تأليف
الشيخ مخلوف المنياوي

لوحة العنوان من جـ 1

بسم الله الرحمن الرحيم

أ- [الحمد لله] الذي شرع لنا ما يسره انتظام الأمر في سائر الأعصار، وما جعل علينا في الدين من حرج ما يؤدي بأهل البغي إلى التمادي والإصرار، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث بالحنيفية السمحة السنية، وعلى آله وصحابه الذين بلغوا بسلوك منهجه القويم أسنى رتبة علية، [أما بعد] فيقول الفقير إلى رحمة القريب المجيب مخلوف بن محمد القاضي بنية ابن خصيب، هذه جملة دقائق من مذهب مالك إمام دار الهجرة النبوية، مبينا ما بين بنود قانون أوروبا موافقة أو مناسبة جلية، جمعتها رغبة من سمت به معالم ملك مصر، وقامت مراسمه، وطابت برعايته أيامه، وأشرقت مواسمه من اجتنى من رياض الإقبال على نهج الرشد ثمر الهدى، سعادة مالك رقاب الأعمال، ولي النعم أبي الفداء، أدام الله به على العباد ظل عدله ورحماه، ومنحنا هداية لإتمام القيام بأداء مراده، فإن الهدى هدى الله،

ب- مقدمة: قال الأمير في ضوء الشموع وغيره: وإن وجوب حكم القاضي المقلد بقول إمامه ليس متفقا عليه، حتى قيل: ليس مقلده رسولا أرسل إليه بل حكما خلافا إذا اشترط عليه الإمام ذلك، فقيل: لا يلزمه الشرط والتولية صحيحة، وقيل غير ذلك،

وفي القول المرتضى في أحكام القضا ما نصه: ونقل القرافي في شرح التنقيح عن بعضهم أنه قال: يجوز تقليد المذاهب والانتقال إليها في كل ما لا ينقض فيه قضاء القاضي، وهو أربعة: ما خالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي، وما خالف الأئمة الأربعة مخالف للإجماع وإن كان فيه خلاف لغيرهم، فقد صرح في التحرير بأن الإجماع انعقد على عدم العمل بمذهب مخالف للأربعة لانضباط مذاهبهم واشتهارها وكثرة أتباعهم، وقد اشتهر عن عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، بل ذكر بعض أصحاب سحنون أنه حديث، والفجور الميل عن الحق، قال النفراوي في شرح الرسالة: والمعنى أن المجتهد يجوز له أن يجدد أحكاما لم تكن معهودة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولا في زمن الصحابة بقدر ما يحدثه الناس من الأمور الخارجة عن الشرع، ولكنها لو وقعت في زمن النبي عليه الصلاة والسلام أو في زمن الصحابة لحكموا فيها بذلك، نحو الحلف على المصحف أو التحليف بالطلاق في حق من لم يبال باليمين بالله، فإن سبب ذلك لم يوجد في زمن المصطفى ولا غيره من الصحابة، ولو وقع في زمنهم لحكموا فيه

لا يلزمه

اللوحة الأولى من جـ 1

٤٧٢

بند ١٤٨٦ ويضمن صاحب المباني الخسارة
التي تنشأ عن تهدمها وسقوطها إذا حصل ذلك
بالتقصير في حفظها وتعهدها أو لخلل في عمارتها.
راجع بند ١٧٧٤ مدني وبند ٤٧٩ جنايات.

541 إذا سقط جدار على شيء فأتلفه ضمن صاحبه
بشروط ثلاثة أحدها ميلان الجدار بعد أن
كان مستقيما والثاني إنذار صاحبه بأن
يقال له أصلح جدارك وأشهد عليه بذلك
عند حاكم أو جماعة المسلمين ولو مع إمكان
حاكم والمراد بصاحبه مالكه المكلف أو وكيله
الخاص أو العام وهو الحاكم إذا كان رب الجدار
غائبا ولم يكن له وكيل خاص ومن الوكيل الخاص
ناظر الوقف ووصي الصغير والمجنون فإذا سقط
الجدار مع وجود الشروط الثلاثة ضمن وصي
غير المكلف في ماله ولو كان لغير المكلف مال وضمن
ناظر وقف ووكيل خاص مع غيبة صاحبه
حيث كان له مال يصلح منه لتقصيرهما فإن
لم يكن له مال وأمكنهما السلف على ذمته
وهو مليء وتركا حتى سقط ضمنا فيما يظهر.
والثالث أن يمكن تداركه بأن يسع الزمان
الذي يمكن الإصلاح فيه ولم يصلح فيضمن

٤٧٣

المال والدية في ماله ولو بناه مائلا ابتداء
فسقط على شيء أتلفه لضمن بلا تفصيل.
ومفهوم أنذر أنه لو لم ينذر مع الإشهاد فلا
ضمان عليه إلا أن يعترف بذلك مع تفريطه
فيضمن كذا في الدردير والدسوقي.
هذا ما يناسبه الشد من المذهب

قد تم نسخ هذا الكتاب بقلم الفقير إلى مولاه في ١٧/٤/٩٢٢
محمد أحمد فتح الله

اللوحة الأخيرة من جـ 1

رقم الميكروفيلم	عنوان المخطوط: تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس
	المؤلف: حسنين بن محمد مخلوف العدوي (١٢٧٧ - ١٣٥٥هـ)
	الأجزاء: ٢ المجلدات: ١
الرقم والفن	أوله: بعد البسملة وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ...
تشريع	
٦٧٨	تاريخ النسخ: / اسم الناسخ: محمد مصطفى [illegible]
	عدد الأوراق: ١٩٨ ورقة المقاس: ١٦×٢٢
	ملاحظات

لوحة العنوان جـ 2

- ١ -

بسم الله الرحمن الرحيم

... الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

... الكتاب ... (الخامس) في

... الرابطة بين الزوجين ...

... النكاح وبما يجب على كل منهما ...

... الآخر من الحقوق

... لا يجوز أن يشترط بين

... ١٨٨ ...

... تنازل الرجل عما له ...

... والسلطة على الزوجة أو على الأولاد

... لكبر العائلة ولا يجوز اشتراط

... تنازل لأحدهما بعد وفاة الآخر ...

... الوصاية والولاية على الأولاد

... هو منصوص في باب الكفالة والحجر

... ولا يجوز لأحدهما اشتراط ...

... عن اشتراطه في هذا القانون،

... بند ... وبند ...

... وبند ١٨٩ ...

... من النكاح على شرط يناقض

... المقصود من العقد ...

... مع زوجة أخرى وكشرط ...

... عليها ... أن يضربها ...

... أو شرط أن لا ميراث بينهما ...

... كل شهر ...

عليها

- ٢ - (المصنف)

عليها أو على أبيها بأنه ينسخ قبل الدخول،

ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط،

كذا في الدر ونحوه قول المذهب في النكاح

"أو على شرط يناقضه"، وإذا كانت الشروط

المذكورة تلغى بالدخول مع وقوعها في صلب

العقد فلا تجوز ولا تلغى، فأولى أن تلغى

إذا وقعت بين الزوجين بعد الدخول،

فنص البند مناسب للمذهب.

بند ١٨٩ع ١ لا يجوز للزوجين شرط تبديل

شيء مما يختص بنظام التوريث إلا فيما

يؤول لهما من فروعهما ولا فيما يؤول لفروعهما

منهما، ولا اشتراط تفضيل أحدهم بنصيب

أكثر من الآخر إلا بما هو مأذون بالتفاضل فيه

في الوصية والهبة بشرط اتباع

ما هو مرسوم بخصوص ذلك بهذا القانون.

راجع بند ٧٠٣ وبند ٧٤٢ وبند ٧٤٥

وبند ٧٩٠ وبند ١١١٤ المدني.

*543 يناسب هذا البند ما مر آنفا بما يترتب

على شرط أن لا ميراث بينهما.

بند ١٩٠ع ١ للزوجين أن يشترطا في

وثيقة عقد النكاح بوجه التعميم أن أموالهما

ومكاسبهما مشتركة مشاعة بينهما أو بينهما

... الزوجة ... والأمتعة

مشاهد ١/ب

اللوحة الأولى من جـ 2

- ٢٩٢ -

من تركته بعد يمين القضاء وان لم يعلموا به حلفوا على
نفي العلم ان ادعي عليهم العلم والا فلا وثانيها الدعوى
عند قول المصنف في الشهادات وحلف عبد وسفيه
اذ ان المحجور عليه والصبي لا يمين عليهما عند
الدعوى المذكورة

بند ٢٧٧ تفوت بالمدة الطويلة المعتبرة خمس
سنوات عدة حقوق اولا متأخرات الفوائض
الاستحقاقية المؤبدة والمقيد للانسان مدة حياته
ثانيا اجر البيوت والمنازل والمساكن ومال
التزام الاراضي متأخرات المؤن والنفقات
المستحقة ثالثا اجر البيوت والمنازل والمساكن
ومال التزام الاراضي الزراعية رابعا فوائض
النقود المقترضة بالربح وكل ما كانت عادته ان
يدفع في اخر السنة او مقسطا على اجزاء السنة
راجع بند ٢٢٠ وبند ٢١٦ وبند ٢٧٨ مدني
هذا البند مناسب للكلام على بند ٢٧١ وما بعده

بند ٢٧٩ وضع اليد على المنقولات والمتاع حجة
وسند على ملكيتها راجع بند ٥٢٧ وما بعده وبند
١١٤ وبند ٢٨٠ مدني وانما من ضاع منه شيء
او سرق منه متاع فوجده في يد اخر فله ان يرافع
في ظرف ثلاث سنوات من يوم الضياع ذا اليد فان
لواضع اليد ان يرجع على من تملك منه راجع ٤٩ و
وبند ٥٥ وبند ٧١٧ وبند ٢٩١ وبند ٢٠٤ [illegible]

- ٢٩٤ -

وبند ٢٠١ مدني
قول البند وضع اليد الخ بما يفيده قول المصنف في
باب الشهادات وبيد ان لم ترجح الخ بل ربما يفيد هذا
الحكم في القضاء ايضا والمرافعة فيما ضاع او سرق انما
تفوت بفوات المدة المناسبة للمرافع فيه كما
يستفاد من مجموع العبارة فقول البند وانما من
ضاع الخ مناسب لما يستفاد من هنالك تم
بحمد الله وعونه وحسن توفيقه
على يد كاتبه راجي عفو
ربه اللطيف القدير
حسن مصطفى
الشريف

على
مصر
سنة ورقة
١٩٨

اللوحة الأخيرة من جـ 2

26 – منهج التحقيق :

قمنا بنسخ المخطوط في جزئين ، وتمت مراجعة النص على بنود القانون المدني الفرنساوي وأثبتنا الفروق بين البنود التي أوردها المصنف ، وبين بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جزء 1 ، جزء 2 .

كما قمنا بذكر الكلمات الساقطة من المخطوط وأشرنا إلى ذلك عن طريق رقم أشرنا به في الهامش .

ثم قمنا بتوثيق جميع البنود التي تناولها المؤلف من تعريب القانون المدني الفرنساوي وأشرنا إلى البنود التي لم يتناولها في الهامش .

ثم قمنا بالترجمة للأعلام الوارد ذكرهم في الكتاب ، وكما عرفنا بالكتب المذكورة والبلدان المستورة في ثنايا المسائل وإعداد المصطلحات وإخراج الفوائد والقواعد ، كما قمنا بإثبات علامات الترقيم على القواعد العصرية الحديثة .

كما اعتمدنا في توثيق النصوص على كتب : (الشرح الكبير وحاشية الدسوقي – والمدونة الكبرى للإمام مالك – وكتاب الخراشي على مختصر سيدي خليل – ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل) هذه الكتب التي اعتمد عليها المؤلف بصفة دائمة في المسائل التي تناولها .

كما قمنا بإعداد كشاف للمصطلحات ومراجع ومصادر الدراسة ، وأتبعنا ذلك بفهارس الفصلين : للآيات ، والأحاديث ، والأعلام ، والكتب والمصطلحات ، والفوائد .

27 – وفيما يلي الموضوعات القانونية التي تناولها المصنف والتي لم يتناولها في المقارنة بين القانون الفرنساوي المدني وبين الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك :

مقدمة تعريب القانون الفرنساوي

المقالة الأولى

في الكلام عن الأشخاص

الكتاب الأول

في التمتع بالحقوق المدنية وأسباب الحرمان منها

البـــاب الأول : في التمتع بالحقوق المدنية .

الـبـاب الـثـاني : في الكلام على الحرمان من الحقوق المدنية .

الفصل الأول : في الحرمان منها بفقد صفة الفرنساوية .

الفصل الثاني : في الحرمان من الحقوق المدنية بسبب الحكم على إنسان بعقوبة جنائية .

الكتاب الثاني

في عملية سجل الأنساب وإثبات الولادة والزواج والوفاة ويسمى بالسجل المدني

البـــاب الأول : ضوابط عمومية .

الباب الثانـــي : فيما يتعلق بتسجيل المولودين (لم يتناوله المصنف) .

الباب الـثـالـث : فيما يتعلق بتسجيل عقد الزواج .

الباب الـرابـع : فيما يتعلق بالوفاة من التسجيل (لم يتناوله المصنف) .

الباب الخامس : فيما يتعلق بسجل الأنساب في حق العسكرية إذا كانوا خارج حدود المملكة (لم يتناوله المصنف) .

الباب السادس : فيما يتعلق بتصحيح السجلات (لم يتناوله المصنف) .

الكتاب الثالث

فيما يتعلق بالموطن (لم يتناوله المصنف)

الكتاب الرابع

فيما يتعلق بالغائبين

الـبـاب الأول : في مظنة الغيبة أي في المفقودين .

الباب الثانـي : في اعتبار الغيبة وإعلانها .

الباب الثالث : فيما يترتب على الغياب من الأحكام .

الفصل الأول : فيما يترتب على الغياب في حق الأموال المملوكة للغائب يوم اختفائه .

الفصل الثاني : فيما يترتب على الغياب بحقوق تعرض له صدفة واتفاقًا (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثالث : فيما يترتب على الغياب بالنسبة للزواج .

الباب الرابع : فيما يتعلق بولاية القاصر الذي خفي أثر أبيه وانقطع خبره أي مفقود الأب .

الكتاب الخامس

في أحكام النكاح وما يتعلق به

الباب الأول : فيما يتعلق بالصفات والشروط اللازمة لصحة عقد الزواج .

الباب الثاني : في الرسوم المتعلقة بإشهار الزواج وعقده .

الباب الثالث : فيما يتعلق بطلب منع الزواج ومعارضته .

الباب الرابع : فيما يتعلق بطلب فساد عقد الزواج .

الباب الخامس : في الواجبات المترتبة على الزواج .

الباب السادس : فيما يجب لكل من الزوجين على الآخر من الحقوق .

الباب السابع : في الكلام على انفساخ الزواج (لم يتناوله المصنف) .

الباب الثامن : فيما يتعلق بعقد الزواج الثاني (لم يتناوله المصنف) .

الكتاب السادس

في أحكام الطلاق

الباب الأول : في أسباب الطلاق .

الباب الثاني : في الطلاق المترتب على سبب معين .

الفصل الأول : في صورة طلب الطلاق بسبب معين .

الفصل الثاني : في الاحتياطات الوقتية مدة تداعي الطلاق لسبب معين .

الفصل الثالث : في منع ودفع دعوى الطلاق المستند على سبب

معين (لم يتناوله المصنف) .

الباب الثالث : في الطلاق الذي يقع بتراضي الزوجين .

الباب الرابع : في نتائج الطلاق وما يترتب عليه من الأحكام .

الباب الخامس : في الكلام على التفريق بين الزوجين (لم يتناوله المصنف) .

الكتاب السابع

في الأبوة والبنوة

الباب الأول : في الأبوة والبنوة (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الأول : في بنوة الأولاد المخلفين من زواج معتبر .

الباب الثاني : في إثبات البنوة المولودة في الحلال .

الباب الثالث : في أولاد السفاح .

الفصل الأول : في صحة نسب أولاد السفاح ونسبتهم لأبويهم (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثاني : في إقرار الوالدين بأولادهم من السفاح .

الكتاب الثامن

في التبني والكفالة الخيرية

الباب الأول : في التبني وما يترتب عليه من الأحكام والحقوق (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الأول : في التبني (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثاني : في رسوم التبني (لم يتناوله المصنف) .

الباب الثاني : في الكفالة الخيرية (لم يتناوله المصنف) .

الكتاب التاسع

في ولاية الأبوين

الكتاب العاشر

في قصور الأولاد والولاية عليهم وهي كفالتهم وفي خروجهم من حجر القصور بمأذونيتهم في التصرفات

الباب الأول : في القاصر (لم يتناوله المصنف) .

الباب الثاني : في الولاية ومنها الكفالة .

الفصل الأول : في ولاية الأبوين .

الفصل الثاني : في الولاية الموصى بها من طرف الأبوين وتسمى الوصاية .

الفصل الثالث : في ولاية الأجداد والجدات من جهة الأب والأم (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الرابع : في نصب الوصي بمعرفة مجلس العائلة .

الفصل الخامس : في نصب الناظر الحسبي ويسمي القيم الحسبي (لم يتناوله المصنف) .

الفصل السادس : في أسباب وموانع المعافاة من الوصاية .

الفصل السابع : في عدم الأهلية للوصاية بسبب الموانع التي لا تصح معها وفي العزل عنها .

الفصل الثامن : في تصرف الوصي .

الفصل التاسع : في محاسبة الوصي .

الباب الثالث : في الخروج من الحجر ومأذونية التصرف .

الكتاب الحادي عشر

في الرشد والحجر ومجلس الرشد

الباب الأول : في بلوغ الرشد (لم يتناوله المصنف) .

الباب الثاني : في الحجر .

الباب الثالث : في استشارة المرشد (لم يتناوله المصنف) .

المقالة الثانية

في الأملاك وما يعتريها من الأحكام

الكتاب الأول

في بيان الأملاك

الباب الأول : في غير المنقولات وهي العقارات .

الباب الثانـي : في المنقولات .

الباب الثالث : فيما للمالك على أملاكه من التصرفات .

الكتاب الثاني

في حق الملكية

البـاب الأول : في حق التبعية الذي للإنسان في ملك المنافع الناتجة عن ملك الأعيان .

الباب الثـاني : في حق التبعية فيما يضاف للأشياء الأصلية ويتصل بها ويعد جزأ منها .

الفصل الأول : في حق الأشياء التبعية الحادثة على الأشياء العقارية .

الفصل الثاني : في الحقوق التبعية الحادثة على المنقولات .

الكتاب الثالث

في إباحة منافع الأعيان وثمراتها وريعها وفي إباحة الاستعمال والانتفاع وفي إباحة السكنى

البـاب الأول : في منافع الأعيان وثمراتها وريعها .

الفصـل الأول : في بيان التصرف في المنافع والثمرات لمن لهم الحقوق عليها .

الفصل الثـاني : في بيان واجبات ذي المنفعة .

الفصل الثالث : في انقضاء حق المنفعة .

الباب الثاني : في حق استعمال ملك الغير وحق السكنى .

الكتاب الرابع

في الحقوق القسرية الأرضية

البـاب الأول : في الحقوق القسرية الناشئة عن مواقع الأماكن الطبيعية بعضها مع بعض .

الباب الثاني : في الحقوق القسرية المرتبة بالقوانين والأحكام .

الفصـل الأول : في الأسوار والخنادق الفاصلة للأملاك بعضها عن بعض والتي هي حدود مشتركة فارقة بين الأملاك .

الفصل الثـاني : في شروط الأبعاد التي تكون في بعض المباني أو العمارات بين الحدود المشتركة .

الفصل الثالث : في المطلات على أملاك الجيران واتخاذ المناظر على أراضي الغير .
الفصل الرابع : في أحكام ميازيب السطوح العليا من البيوت، ونحوها .
الفصل الخامس : في التطرق والمرور (لم يتناوله المصنف) .
الباب الثالث : في الحقوق القسرية التي أوجبها الإنسان على نفسه .
الفصل الأول : في أنواع الحقوق التي يمكن إيجابها للأملاك أو على الأملاك .
الفصل الثاني : في طرق إثبات الحقوق القسرية .
الفصل الثالث : فيما يجب لمالك الأرض التي لها الحقوق القسرية على غيرها .
الفصل الرابع : في انتهاء الحقوق القسرية .

المقالة الثالثة

في أنواع الطرق التي تفيد الملكية

ضوابط عمومية

الكتاب الأول

في الميراث

الباب الأول : في افتتاح الميراث وهو انتقال الميراث إلى الورثة من يستحق ومن لا يستحق الميراث .
الباب الثاني : في شروط استحقاق الميراث .
الباب الثالث : في اختلاف طبقات الوارثين .
الفصل الأول : في أحكام عمومية .
الفصل الثاني : في التنزيل بالإرث (لم يتناوله المصنف) .
الفصل الثالث : في اختصاص الفروع باستحقاق التركة (لم يتناوله المصنف) .
الفصل الرابع : في اختصاص الأصول في استحقاق التركة (لم يتناوله المصنف) .
الفصل الخامس : في توريث الحواشي (لم يتناوله المصنف) .
الباب الرابع : في التوريث غير المعتاد (لم يتناوله المصنف) .
الفصل الأول : في حقوق ولد السفاح على ميراث أبيه وأمه وفي ميراث لاعن

وارث من الذرية (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثاني : في إرث أحد الزوجين وإرث بيت المال (لم يتناوله المصنف) .

الباب الخامس : في قبول الإرث والامتناع عنه (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الأول : في قبول الإرث (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثاني : في التخلي والنزول عن الإرث (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثالث : في رخصة التخيير في القبول بعد ظهور الجرد وفوائده وما يترتب عليه (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الرابع : في حكم التركات الخالية عن الورثة (لم يتناوله المصنف) .

الباب السادس : في قسمة التركات واسترداد ما كان أعطاه المورث قبل موته (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الأول : في طريقة القسمة وشروطها (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثاني : في رد الخارج من التركة إلى أصل التركة (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الثالث : في قضاء الدين (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الرابع : في الأحكام المترتبة على القسمة وفي ضمانة الوارثين الأنصباء .

الفصل الخامس : في نقض القسمة .

الكتاب الثاني

في الهبة والوصية

الباب الأول : في ضوابط عمومية .

الباب الثاني : في صحة التصرف بالهبة والوصية .

الباب الثالث : في النصاب المتبرع به من الأموال وفي استرداد الزائد .

الفصل الأول : في نصاب ما يتبرع به من الأموال .

الفصل الثاني : في رد ما زاد على النصاب في الهبة أو الوصية إلى النصاب .

الباب الرابع : في أحكام الهبة .

الفصل الأول : في صورة الهبات .

الكتاب الثالث

في العقود والإلزامات من حيث هي

الفصل الثاني : في أهلية الجانبين المتعاقدين للعقد .

الفصل الثالث : في الغرض من العقد وفي جزئياته .

الفصل الرابع : في سبب العقد .

الباب الثالث : في الأحكام المترتبة على الالتزامات والعقود .

الفصل الأول : في ضوابط عمومية .

الفصل الثاني : في الالتزام إعطاء شيء .

الفصل الثالث : في الالتزام بفعل أو الالتزام بعدم فعل .

الفصل الرابع : في الالتزام بجبر الخسارة الناتجة عن عدم تنفيذ ما لزم الإنسان من العقود (لم يتناوله المصنف) .

الفصل الخامس : في تفسير ما انبهم من العقود وحمل الألفاظ على المعنى المتبادر منها عرفًا .

الفصل السادس : في أحكام العقود بالنظر لغير المتعاقدين .

الباب الرابع : في أنواع العقود .

الفصل الأول : في العقود الشرطية .

الفرع الأول : في الكلام على شرط من حيث هو وفي أنواعه المختلفة .

الفرع الثاني : في الكلام على الشروط التعليقية .

الفرع الثالث : في الشروط الفسخية التي بها ينحل العقد .

الفصل الثاني : في الكلام على الالتزامات المضروب لها آجال معلومة .

الفصل الثالث : فيما يتعلق بالالتزامات التخييرية .

الفصل الرابع : في الدين المشترك بين عدة شركاء كل منهم مفوّض في استيفائه من الآخرين فوفاؤه فرض كفاية على الجميع إذا أداه أحدهم سقط عن الباقين .

الفرع الأول : في تضامن الشركاء وتفويض بعضهم لبعض في قبض المعقود عليه (لم يتناوله المصنف) .

الفرع الثاني : في تضامن الشركاء الملتزمين لتنفيذ معقود عليه على أنه

يكون في ذمة كل واحد منهم بحيث إذا قام به أحدهم سقط الطلب عن الباقين .

الفصل الخامس : في العقود المنقسمة وغير المنقسمة .

الفـــرع الأول : في العقود القابلة للانقسام وما يترتب عليها من أحكام (لم يتناوله المصنف) .

الفــرع الثـانـي : في أحكام العقود غير القابلة للانقسام وما يترتب عليها من الأحكام .

الفصل السادس : في العقود التغريمية .

الباب الخامــس : في انتهاء العقود .

الفـصــل الأول : في الوفاء .

الفـــرع الأول : في الوفاء مطلقا .

الفـرع الثـاني : في الوفاء بطريق الحوالة .

الفرع الثالـث : في الكلام على الخصم في وفاء الدين .

الفرع الـرابـع : في الكلام على عرض دفع الدين على الدائن وإرصاد مالم يأخذه الدائن على سبيل الوديعة عند أحد وكلاء الأمانات بالحجر على مبلغ الدين .

الفـرع الخـامـس : في الكلام على تخلي المدين عن أمواله للغرماء .

الفصل الثـانــي : في التجديد .

الفصل الثـالـث : في الإبراء من الدين .

الفصل الـرابـع : في المقاصة عند تكافؤ الديون .

الفصل الخامس : في اتحاد ذمة الدائن والمدين .

الفصل السادس : في تلف عين الدين .

الفصل الســابـع : في حق طلب إلغاء العقود أو فسخها .

الباب السادس : في البراهين المثبتة للعقود والالتزامات ، وفي أدلة الوفاء بها .

الفـصــل الأول : فيما يتعلق بالسندات المحررة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

« مقدمة المصنف »

أ – [الحمد لله] (1) الذي شرع لنا ما بيسره انتظام الأمر في سائر الأعصار ، وما جعل علينا في الدين من حرج (2) ؛ يؤدي بأهل البغي إلى التمادي والإصرار ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث بالحنيفية السمحة السنية ، وعلى آله وأصحابه الذين بلغوا بسلوك منهجه القويم أسمى رتبة عليَّة .

[**أما بعد**] (3) : فيقول الفقير إلى رحمة القريب المجيب مخلوف بن محمد القاضي بمنية ابن خصيب : هذه جملة دقائق من مذهب مالك (4) ، إمام دار الهجرة النبوية ، بينها وبين بنود قانون أوروبا (5) موافقة أو مناسبة جلية ، جمعتها برغبة من سمت به معالم ملك مصر (6) ، وقامت مراسمه ، وطابت برعايته أيامه ، وأشرقت مواسمه من اجتنى من رياض الإقبال على نهج الرشد ثمر الهدى ، سعادة مالك رقاب الأعالي ، ولي النعم أبي الفدا – أدام الله به على العباد ظل عدله ورحماه ومنحنا هداية لأتم القيام بأداء مراده – فإن الهدي هدي الله .

ب – مقدمة : قال الأمير (7) فى ضوء الشموع وغيره : إن وجوب حكم القاضي المقلد بقول إمامه ليس متفقًا عليه ؛ حتى قيل : ليس مقلده رسولًا أرسل إليه ؛ بل

---

(1) ساقطة من الأصل وصوابها ظاهر .

(2) يؤيد ذلك قول الحق – تبارك وتعالى – : ﴿ هو اجتباكم وما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ سورة الحج آية رقم (78) .

(3) ساقطة من الأصل ، وأضيفت لاستقامة الكلام .

(4) أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي ، إمام دار الهجرة ، وصاحب المذهب المشهور ، شهرته تغني عن التعريف به ، من مؤلفاته : الموطأ ، وهو أجل كتبه ، وله رسالة في القدر ، ورسالة في الآداب ، وجزء في التفسير ، ونقلت عنه الفتاوى المشهورة المسماة بالمدونة ، نقلها سحنون وابن القاسم ، توفي – رحمه اللّه – سنة 179 هـ عن ست وثمانين سنة « تذكرة الحفاظ 207/1 ، العبر 272/1 ، والسير 382/7 ، طبقات ابن سعد 465/5 » .

(5) يقصد قانون نابليون ، وهو القانون الذي سبق التعريف به في المقدمة .

(6) يقصد الخديوي إسماعيل على ما سبق بيانه في المقدمة .

(7) هو محمد بن محمد بن أحمد بن عبد القادر بن عبد العزيز السنباوي ، صاحب كتاب ضوء الشموع ، اشتهر بالأمير ، وهو لقب لجده أحمد ، أصله مغربي ، ولد في ناحية سنبو بمنفلوط بصعيد مصر ، توفي سنة 1232 هـ . عجائب الآثار 284/4 ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (362) .

حكوا خلافًا إذا اشترط عليه الإمام ذلك ، فقيل / : لا يلزمه الشرط ، والتولية 1/أ صحيحة . وقيل غير ذلك . وفي القول المرتضى في أحكام القضا ما نصه : ونقل القرافي [1] في شرح التنقيح عن بعضهم أنه قال : يجوز تقليد المذاهب والانتقال إليها في كل ما لا ينتقض فيه قضاء القاضي [2] ، وهو أربعة : ما خالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي ، وما خالف الأئمة الأربعة مخالف للإجماع وإن كان فيه خلاف لغيرهم ؛ فقد صرح في التحرير [3] بأن الإجماع انعقد على عدم العمل بمذهب مخالف للأربعة لانضباط مذاهبهم واشتهارها وكثرة أتباعهم . وقد اشتهر عن عمر بن عبد العزيز [4] تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور . بل ذكر بعض أصحاب سحنون [5] أنه حديث ، والفجور : الميل عن الحق .

---

(1) هو أبو العباس ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري ، الفقيه المالكي المتبحر في مذهب إمامه ، له مؤلفات كثيرة منها : الذخيرة في الفقه ، والفروق والقواعد ، والأجوبة الفاخرة على الأسئلة الفاجرة ، توفي سنة 684 هـ .

« الديباج المذهب في علماء المذهب ص 62 ، كشف الظنون 11/1 ، شجرة النور الزكية ص 188 » .

(2) قاعدة : يجوز تقليد المذاهب والانتقال إليها في كل ما لا ينتقض فيه قضاء القاضي . وينقل المؤلف اختلاف الفقهاء القدامى في وجوب التقيد بمذهب من المذاهب على نحو يشير إلى مخالفته لما استقر في عصره من وجوب التمذهب . ويتفق موقفه في عدم وجوب التمذهب مع ما نادى به محمد عبده وغيره من زعماء الإصلاح في فترة لاحقة .

(3) صاحب التحرير هو : كمال الدين محمد بن عبد الواحد الشهير بابن همام الحنفي المتوفى سنة إحدى وستين وثمانمائة .

وهو مجلد أوله الحمد لله ، رتب على مقدمة وثلاث مقالات جمع فيه علمًا جمًّا بعبارات منقحة وبالغ في الإيجاز [كشف الظنون 358/1] .

(4) عمر بن عبد العزيز هو : أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان الأموي ، أمير المؤمنين وخامس الخلفاء الراشدين ، وجده لأمه عاصم بن عمر بن الخطاب حدث عن سعيد بن المسيب ، وعبد الله بن جعفر بن أبي طالب ، حدث عنه الزهري ، وابن المنكدر وأيوب السختياني ، تولى بعد سليمان بن عبد الملك ، وقال لنسائه : من أرادت منكن الدنيا فلتحلق بأهلها ، كان كامل العقل ، جيد السياسة ، وافر العلم ، زاهدًا مع الخلافة ، قانتا لله . قيل عنه : كان العلماء مع عمر تلامذه . عوتبت زوجه في ترك غسل ثيابه في مرض فقالت : إنه لا ثوب له غيره . توفي سنة 101 هـ . سير أعلام النبلاء (576/5-600) ، شذرات الذهب (119/1-121) .

(5) سحنون : عبد السلام بن سعيد التنوخي ، المشهور بسحنون أصله من حمص ، وسكن القيروان ، صنف المدونة رواية عن ابن القاسم عن مالك ، توفي سنة 240 هـ « سير أعلام النبلاء 160/8 ، وفيات الأعيان 366/1 ، شجرة النور الزكية ص 70 » .

جـ - قال النفراوي [1] في شرح الرسالة : والمعنى أن المجتهد يجوز له أن يجدد أحكامًا لم تكن معهودة في زمن النبي ﷺ ولا في زمن الصحابة بقدر ما يحدثه الناس من الأمور الخارجة عن الشرع ، ولكنها لو وقعت في زمن النبي - عليه الصلاة والسلام - أو في زمن الصحابة لحكموا فيها بذلك ، نحو الحلف على المصحف أو التحليف بالطلاق في حق من لم يبالِ باليمين باللّه ؛ فإن سبب ذلك لم يعهد في
1/ب زمن المصطفى ، ولا غيره من الصحابة ، ولو وقع في زمنهم لحكموا فيه / بمثل ما ذكرنا ، وهذه الأحكام المتجددة بتجدد أسبابها ليست خارجة عن الشرع بل هي منه ؛ لأن قواعد الشرع دلت على أن عدم وقوعها في زمن المصطفى وأصحابه لعدم حصول أسبابها ، وتأخير الحكم لتأخير سببه لا يقتضي خروجه عن الشرع اهـ .

د - وقال الشيخ عبد السلام [2] في شرح الجوهرة : وقد انعقد الإجماع على أن من قلّد في الفروع ومسائل الاجتهاد واحدًا من هؤلاء الأئمة بعد تحقق ضبط مذهبه بتوفر الشروط وانتفاء الموانع [3] برئ من عهدة التكليف فيما قلد فيه اهـ .

وسواء كان التقليد في النفس أو في الغير كالحكم والفتوى كما يقتضيه التعميم . وبه صرح الأمير وغيره كما مر ، وحينئذٍ فمتى قال أي مجتهد من الأئمة بشيء فيه منع الفجور فللحاكم تقليده إن ضبط مذهبه في المسألة بوجه ما ذكر .
وقال الطهطاوي [4] في حاشية الدر : السياسة استصلاح الخلق وإرشادهم إلى الطريق المنجب ، وهي مقبولة إن كانت عادلة ، وأقوى أدلتها قول الفقهاء : إذا ضاق الأمر اتسع ، واختلاف الزمان وكثرة الفساد ؛ فلذا قالوا : لو لم نجد إلا غير

---

(1) النفراوي : هو أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي ، الفقيه العالم المحقق ، صاحب كتاب الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني « عجائب الآثار 73/1 ، هدية العارفين ص 169 ، شجرة النور الزكية ص 318 » .

(2) الشيخ عبد السلام صاحب شرح الجوهرة هو الشيخ عبد السلام إبراهيم بن إبراهيم المصري ، شيخ المالكية في وقته بالقاهرة ، له شرح المنظومة الجزائرية (ط) في العقائد ، إتحاف المريد شرح جوهرة التوحيد (ط) ، السراج الوهاج في كلام على الإسراء والمعراج (خ) انظر الأعلام للزركلي (355/3) .

(3) شروط جواز التقليد هي كما حررها الأصوليون .

(4) الطهطاوي : هو رفاعة بن بدوي بن علي بن محمد بن علي بن رافع . ذكر صاحب معجم المؤلفين أنه كان شافعي المذهب ، وذكره الشيخ مخلوف في طبقات المالكية . توفي سنة 1206 هـ (شجرة النور الزكية 394 ، الأعلام للزركلي 55/3 ، معجم المؤلفين لرضا كحالة 722/1) .

العدول أقمنا أصلحهم للشهادة والقضاء عليهم .

هـ – وقال في معين الحكام [1] : للقضاة تعاطي كثير من هذه الأمور حتى إدامة الحبس والإغلاظ على أهل الشرّ بالقمع لهم ، والتحليف بالطلاق وغيره لاختبار حاله / ، ويضرب المتهم بسرقة ويحبسه الوالي والقاضي . ومن عجز عن استيفاء حقه بالقاضي له أن يستعين بالوالي . وقالوا فيمن خدع امرأة [2] : إنه يحبس حتى يردها أو يموت في السجن اهـ . 2/أ

و – وذكر الحطاب المالكي [3] في شرح المختصر : إن الاستدلال بالأمارات والعلامات له أصل في الشريعة : قال الله تعالى : ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ ﴾ [4] وجه الدلالة : أن القميص المدَّمّى لم يكن فيه خرق ولا أثر لأنياب الذئب ، وكذا قوله : ﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ ﴾ [5] وفي القول المرتضى قال القرافي : التوسعة على الحكام في السياسة ، أي ومنهم القضاة كما للناس بُعْد ليس مخالفًا للشرع ؛ بل تشهد له الأدلة والقواعد من وجوه ، منها : أن الفساد قد كثر وانتشر وذلك يقتضي اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية ؛ لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » [6] وترك قوانين السياسة يؤدي إلى الضرر .

ز – ويؤكد ذلك النصوص الواردة بنفي الحرج ومنها ما ورد عن المصطفى ﷺ من العمل بها ؛ فمن ذلك أنه وجد في بعض غزواته رجلا فاتهمه أنه جاسوس العدو فعاقبوه حتى أقر ، ومن ذلك : أنه بلغه أن ناسًا من المنافقين يثبطون الناس عن غزوة تبوك ، فبعث إليهم طلحة بن عبيد الله [7] في نفر / من أصحابه وأمره أن 2/ب

(1) صاحب معين الحكام : فيه أيضا لابن عبد الرفيع ... المالكي . كشف الظنون 1745/2 .

(2) خدع : الخدع إظهار خلاف ما تخفيه . انظر لسان العرب (خدع) (1112) .

والخدعة هنا بمعنى إقناع امرأة بالذهاب معه لزواجها منه .

(3) هو أبو عبد الله شمس الدين ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين المعروف بالحطاب ، فقيه أصولي ، أصله من المغرب ، ولد بمكة سنة 902 هـ ، من تصانيفه الجليلة كتاب : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، توفي سنة 954 هـ ، (هدية العارفين 42/2 ، الأعلام للزركلي 286/7 ، معجم المؤلفين 650/3) .

(4) سورة يوسف – آية رقم (18) . (5) سورة يوسف – آية رقم (26) .

(6) صحيح ، أخرجه ابن ماجة في السنن . كتاب الأحكام : باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم 2340 ، 2341 ، وأحمد في المسند 313/1 ، والبيهقي في السنن 69/6 ، 70 ، والطبراني في المعجم 81/2 ، 302/11 .

(7) هو طلحة بن عبيد الله بن عثمان القرشي التيمي ، أحد العشرة المبشرين بالجنة ، كان ممن سبق إلى =

يحرق عليهم البيت ففعل .

ح – ومنها ما ورد عن الصحابة رضي اللّه عنهم فمن ذلك : قتال أبي بكر من منع الزكاة ، واجتهاده في الحكم بقتالهم . ومنها : أن عمر بن الخطاب أمر بتحريق قصر سعد بن أبي وقاص لما بلغه أنه احتجب عن الخروج للحكم بين الناس وصار يحكم في داره . ومن ذلك ما فعله عثمان لما خاف على الأمة أن يختلفوا في القرآن ويفترق الناس فيه أمر بتحريق المصاحف وجمع الأمة على مصحف واحد ، لِمَا رأى لهم من المصلحة في ذلك ، ووافقه على ذلك الصحابة ورأوا ذلك مصلحة للأمة . ومن ذلك ما فعله علي لما بعثه رسول اللّه ﷺ هو والزبير بن العوام في أثر المرأة التي كتب معها حاطب بن أبي بلتعة كتابًا ، وجعل لها عليه جُعْلًا على أن توصله إلى قريش يخبرهم في الكتاب بما عزم عليه المصطفى من المسير إليهم في غزوة الفتح ؛ فجاء الخبر إليه فخرج الزبير هو وعلي – رضي اللّه عنهما – في أثر المرأة حتى أدركاها والتمسا في رحلها الكتاب فلم يجدا شيئًا ؛ فقال لها عليّ : أحلف باللّه ما كذب رسول اللّه ولا كذبنا ولتخرجِنَّ هذا الكتاب أو لنكشفنك ؛ فلما رأت الجد منه استخرجت الكتاب من قرون رأسها وكانت قد جعلته في رأسها وفَتَلَتْ عليه
3/أ قرونها فدفعته إليه / ؛ فأتى به رسول اللّه ﷺ ، ووقع مثل هذا كثيرًا لأمير المؤمنين علي بن أبي طالب – رضي اللّه عنه – وغيره من أئمة الدين وباللّه المستعان .

مقدمة هذا الكتاب الغرض منها بيان إعلان الأحكام القانونية ، وما يترتب عليها وإجراء العمل بمنطوقها ، وذكر هذا كله على وجه عام [1] .

بند 1 – إجراء العمل بمنطوق القوانين يكون في سائر جهات الحكومة بمجرد صدور الإذن بنشرها وإعلانها من ولي الأمر ، وأن يكون ذلك الإذن معلومًا في كافة نواحي المملكة كما في بند 1270 من قانون الحدود والجنايات [2] .

= الإسلام ، وأوذي في اللّه ، ثم هاجر ، حدث عنه بنوه : يحيى وموسى وعيسى ، والسائب بن يزيد ، ومالك ابن أبي عامر وغيرهم ، قتل – رضي اللّه عنه – سنة 36 هـ .

« الإصابة في تمييز الصحابة 4266 ، الاستيعاب 764/2 ، طبقات ابن سعد 214/3 ، 225 » .

(1) لم يتناول المصنف رقم (4) من تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 4 في المقارنة .

(2) راجع الجزء الأول من تعريب القانون الفرنساوي المدني ص 3 . تعريب رفاعة بك ، وجناب عبد الله بك .

– ويعتبر إعلان ذلك الإذن الملوكي بإعلانها في المديرية التي فيها مركز الحكومة بعد مضي يوم واحد من تاريخ صدور الإذن بإعلانها ؛ فيجري العمل بعد هذا اليوم ، وفيما عدا تلك المديرية من جهات الحكومة يعطى لكل مديرية بعيدة عن المركز بعشرين فرسخًا [1] مهلة يوم واحد غير يوم الإعلان في المركز وبقدر ما بعدت المسافة عن مقدار الفراسخ المذكورة يزاد في الأيام للمديريات بمناسبة ذلك إلى أن يتكامل إعلانها في سائر مديريات الحكومة [2] .

1 ** اعلم أن الإنسان مدني بالطبع ، أي محتاج في تَعَيُّشِه إلى التمدن ، وهو اجتماعه مع بني نوعه يتعاونون / ويتشاركون في تحصيل الغذاء واللباس والمسكن وغيرها . 3/ب

– وهذا موقوف على أن يعرف كل أحد صاحبه ما في ضميره ؛ فأنعم الله عليهم وعلمهم البيان ، وهو المنطق الفصيح المعرب عما في الضمير ، ثم إن هذا الاجتماع إنما ينتظم إذا كان بينهم معاملة وعدل يتفق الجميع عليه ؛ لأن كل أحد يشتهي ما يحتاج إليه ، ويغضب على من يزاحمه ؛ فيقع الجور ويختل أمر الاجتماع والمعاملة . ولابد للعدل من قوانين كلية هي علم الشرائع ، ولابد له أيضًا من إمام يقوم بإجراء هذه القوانين ؛ ليدفع عن ضعيف الرعية قويها ، وعن رشيدها غويها ، ويؤدب سفهاءها ، ويحسم من الفتن أدواءها ، ويستخرج حقوق الله من أموالها ليصرفها في مصالح أحوالها ؛ فبذا يصون الرعية من متالفها ، يؤمنها في ديارها وسبلها من مخاوفها ، ويحوطها من عدوها بالمكر والكيد وبالحرب والأيد [3] ؛ ولهذا كان عمل الأمير المقسط في يوم واحد أفضل من عبادة المتهجد ستين عامًا ، وكانت مكانتهم من تكرمة الله في المال ما روي عن رسول الله ﷺ (إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين ، الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما وُلّوا) [4] ، وما قال ﷺ : (إن أفضل عباد الله

---

(1) الفرسخ : المسافة المعلومة في الأرض ، والفرسخ ثلاثة أميال أو ستة . لسان العرب مادة فرسخ (3381/5) والأقرب لما أريد بالفرسخ أن يحسب بثلاثة أميال .

(2) راجع الجزء الأول من تعريب القانون المدني الفرنساوي ص 3 . تعريب رفاعة بك ، وجناب عبد الله بك .

(3) الأيد : القوة .

(4) أخرجه مسلم بشرح النووي كتاب الإمارة باب 18/5 ، والنسائي في السنن كتاب آداب القضاء – باب فضل الحاكم العادل في حكمه – رقم [5377] .

4/أ منزلة يوم القيامة إمام / عادل رفيق) [1] وقد أوجب الله تعالى ورسوله طاعة الإمام وطاعة نوابه فيما أمروا به من غير المعصية فقال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ ﴾ [2] ، وقال ﷺ : (يا أيها الناس عليكم بالطاعة والجماعة فإنها حبل الله الذي أمر به) [3] أي بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْتَصِمُواْ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُواْۚ ... الآية ﴾ [4] . فيجب على كل مسلم طاعة من ثبتت إمامته واتباعه في اجتهاده ومذهبه مما ليس بمعصية في سائر جهات حكومته ، فعلى كل من بلغه أمره من أهل حكومته الامتثال فورًا ، أفاده السنوسي [5] في شرح الجزائرية عن ابن عرفة [6] . ومثل الإمام نائبه كما أفاد ذلك أيضا . وقد روى البخاري ومسلم والنسائي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أطاعني فقد أطاع الله ، ومن عصاني فقد عصى الله ، ومن يطع الأمير فقد أطاعني ، ومن يعص الأمير فقد عصاني » [7] . وروى البيهقي « عن أنس قال : نهانا كبراؤنا من أصحاب محمد ﷺ قالوا : لا تسبوا أمراءكم ، ولا تَغُشُّوهم ، ولا تعصوهم ، واتقوا الله واصبروا ، فإن الأمر إلى

---

(1) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان 16/6-17 ، رقم 7371 ، مشكاة المصابيح 1097/2 رقم 3719 . قال البيهقي : غير واضح ، وهو في الأصل عن ابن عمر رضي الله عنه .

(2) سورة النساء - آية رقم (59) .

(3) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير 223/6-224 - رقم 8971 ، والهيثمي في مجمع الزوائد 222/5 قال الهيثمي : رواه الطبراني في المعجم بأسانيد ، وفيه مجالد بن سعيد ، وقد وثقه ، وفيه خلاف وبقية رجال إحدى الطرق ثقات ، وقال أيضا : فيه ثابت بن قطبة ولم أعرفه ، وبقية رجاله ثقات .

(4) سورة آل عمران - آية رقم (103) .

(5) هو محمد بن علي السنوسي الحسني الخطابي ، مؤسس الطريقة السنوسية ، له أتباع في اليمن والحجاز والشام والسودان وغيرها ، ولد في مستغانم بالجزائر ، ثم رحل إلى تونس ومصر والحجاز ، من تصانيفه : الدرة السنية في أخبار السلالة الإدريسية ، وإيقاظ الوسنان في العمل بالحديث والقرآن ، والكواكب الدرية في أوائل الكتب الأثرية ، توفي سنة 1276 هـ . (هدية العارفين 400/2 شجرة النور الزكية 399 ، معجم المؤلفين 514/3) .

(6) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن محمد بن عرفة الورغمي ، نسبة إلى ورغمة إحدى قرى إفريقية ، التونسي أبو عبد الله ، ويُعرف بابن عرفة ، له تآليف عجيبة منها : مختصره في الفقه والحدود الفقهية ، ومختصر في المنطق ، والمبسوط في الفقه في سبعة أسفار ، توفي سنة 803 هـ (الضوء اللامع للسخاوي (240/9) ، شجرة الذهب 38/7 ، الديباج المذهب ص 337) .

(7) أخرجه البخاري ومسلم ، راجع : فتح الباري - كتاب الأحكام - حديث رقم 7137 ، صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الإمارة ، باب 8 رقم 1835 .

المولى القريب »[1] . وروى أبو نعيم عن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : « السلطان ظل الله في أرضه ؛ فمن نصحه ودعا له اهتدى ، ومن لم / ينصحه ضل »[2] . 4/ب

إذا علمت هذا فالبند موافق للشرع في وجوب العمل بمنطوق القوانين إذا كان غير معصية في سائر جهات الحكومة بمجرد أن يبلغ أمر وليّ الأمر من هو من أهل حكومته .

بند 2 – لا يجوز تطبيق أحكام القوانين على الوقائع والحوادث إلا بالنسبة للزمن المستقبل الذي بعد تاريخ إعلانها ، ولا تسري أحكامها على الوقائع السابقة .

راجع بند 691 ، وبند 2281 من قانون تحقيق الجنايات[3] .

2 ** الحاكم[4] لا يتعلق حكمه الحادث باجتهاده بما مضى قبله ، بل يكون الحكم قاصرًا على ما حدث فقط[5] كما هو مستفاد من كتب المذهب عند قول المصنف[6] : « ولم يتعد لمماثل إلخ »[7] . ومن ذلك المسألة المشتركة المعروفة ؛ فإن عمر – رضي الله

---

(1) أخرجه الحاكم في المستدرك 488/2 ، والمسند لابن أبي عاصم 488/2 .

(2) أخرجه أبو نعيم في كتاب فضيلة العادلين مخطوط ورقه 226 وجد واحد من مجموع ستين من ظاهري الدمشق من طريق يحيى بن ميمون سند حماد بن سلمة عن صهيل عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعًا وعن طريق داود بن المحبر قال سند عقبة بن عبد الله بن قتادة عن أنس مرفوعًا نحوه قلت : هذان سندان موضوعان في الأول يحيى بن ميمون وهو بن عطاء البصري قال الدارقطني غيره متروك ، في الثاني دواد بن محبر وهو متهم أيضا من طريق رواة العقيلي في الصفاه 358 .

وأورده الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة رقم 475 .

(3) راجع تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 / ص 3 .

(4) الحاكم : يقصد به القاضي الذي يحكم بين الناس في أقضيتهم .

(5) قاعدة : الحاكم لا يتعلق حكمه الحادث باجتهاده بما مضى قبله بل يكون الحكم قاصرًا على ما مضى فقط .

(6) يريد بالمصنف الشيخ خليل في مختصره ، وترجمته : هو خليل بن إسحاق بن موسى الجندي ، أحد شيوخ الإسلام الفقيه المجمع على جلالته وفضله ، له تآليف مفيدة منها : مختصره المشهور في المذهب ، أقبل عليه الطلاب من كل الجهات ، واعتنوا بشرحه وحفظه ، اختلف في تاريخ وفاته فقيل : توفي سنة 767 هـ ، وقيل : سنة 769 هـ ، وقيل : سنة 776 هـ (شجرة النور الذكية في طبقات المالكية ص 223) .

(7) راجع مختصر خليل – مطبوع مع الشرح الكبير للدردير 4 / 157 وما بعدها .

* وقد علق الدسوقي – من علماء المذهب – على ذلك قائلا : وحينئذٍ فلا يكون حكمه في مسألة بشيء مانعًا له أو لغيره من الحكم بخلافه في نظيرتها ، نعم : لا يجوز لغيره إذا رفعت إليه تلك النازلة التي حكم الأول فيها بعينها أن ينقضها . « حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 158/4 » .

عنه – رجع في ثاني عام من خلافته إلى أن الأشقاء يشاركون الإخوة للأم في الثلث ، الذكر كالأنثى لاشتراكهم في ولادة الأم فيرثونه هنا بالفرض لا بالعصوبة ، وتسقط الأخوة للأب ، وقد كان قضى فيها أول عام من خلافته بأن لا شيء للأشقاء ؛ فاحتج عليه الأشقاء بقولهم : هؤلاء إنما ورثوا الثلث بأمهم وهي أمنا ، هب أن الأب حجر في اليم ، أليست الأم تجمعنا ؟ فأشرك بينهم ؛ فقيل له : إنك
5/أ قضيت في عام أول بخلاف هذا ! فقال / : ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي ؛ ولم ينقض أحد الاجتهادين بالآخر ؛ [1] فلم يسر الحكم المتأخر على الواقعة الماضية ؛ فالبند موافق للمذهب بتقييد القوانين بغير ما منعه الشرع .

بند 3 – يجب على كل من سكن في بلدة فرنساوية أن يتبع أحكامها المتعلقة بالضبط والأمن مثل أهلها سواء بسواء ، وتسري أيضا أحكام المملكة على جميع عقاراتها وأراضيها المملوكة ولو كانت في يد وتصرف ملاك أجانب .

راجع بند 2123 ، وبند 2128 مدني ، وتجري أيضا أحكام المملكة المتعلقة بالأهالي عليهم في البلاد الأجنبية . راجع بند 11 مدني ، وبند 83 محاكمات [2] .

3 ** يجب على رعية كل حاكم في أي بلدة مما تحت حكمه أن تتبع أحكامه غير الممنوعة شرعًا في سائر الأمور ، سواء كانوا متأصلين بمحل الحكم أو منتقلين إليه مدة إقامتهم به ، ومن كان في بلد أجنبية خارجة عن حكومة الحاكم لكنه تحت حكمه وجب عليه طاعته وتنفيذ أحكامه في حقه كما يؤخذ مما تقدم ، ويؤخذ ذلك أيضًا مما ذكره الدسوقي [3] : إن بيت المال الوارث بالعصوبة بعد المعتق وعصبته هو بيت المال الذي لوطن الميت سواء مات به أو بغيره [4] كما في

(1) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص 71 ، 72 – « قاعدة : الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد » طبعة دار الفكر والثقافة بجاكرتا ، بداية المجتهد لابن رشد « الحفيد » 259/2 . طبعة دار الفكر العربي .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 4/1 .

(3) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، نسبة إلى دسوق ، إحدى مدن مصر ، له تآليف رزق فيها القبول ، واضحة العبارة ، منها : حاشية على الدردير على المختصر ، وحاشية على مختصر السعد – ولم يزل على حالته في الإفتاء والتدريس والإفادة إلى أن توفي سنة 1230 هـ .
(عجائب الآثار للجبرتي 231/4 ، هدية العارفين 357/2 ، شجرة النور الزكية 361) .

(4) وإذا لم يكن له وطن هل المعتبر محل المال أو الميت وكلام المصنف ظاهر في أن بيت المال عاصب فهو كوارث ثابت النسب ، وهو المشهور كان منتظمًا أو غير منتظم ، وقيل : إنه حائز للأموال الضائعة لاوارث فيه =

الحطاب [1] .

فالبند مناسب للشرع مناسبة واضحة .

بند 5 – لا يجوز للقضاة والحكام أن يحكموا في / النازلة الخصوصية بصيغة 5/ب عمومية وقاعدة كلية ، بل لابد من تطبيق النازلة على الفرع الخاص بها ، ففي الحكم على فلان السارق مثلاً يقول : حكمت على فلان بكذا ، لا كل سارق يحكم عليه بكذا ؛ لأن هذه وظيفة المفتي والمقنن .

راجع بند 127 من قانون الحدود [2] .

4 ** معلوم أن الأحكام جزئيات لتعلقها بالوقائع الجزئية كما أفاده الدسوقي عند قول المصنف « ولم يتعد لمماثل » .

فالبند موافق للمذهب في شأن الحكم [3] .

= وهو شاذ ، وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب ولا على الأول وعليه أيضا يجوز الإقرار بوارث ثابت ولا على الأول حاشية الدسوقي 468/4 .

(1) سبقت ترجمته . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 4/1 .

(3) يؤيد ذلك ما جاء عن الدسوقي في حاشيته 157/4 ، قال : « ولم يتعد حكم لمماثل : أي لجزئية تحدث مماثلة للجزئية التي حكم فيها أولا ؛ لأن الحكم جزئي لا كلي » .

المقالة الأولى

في الكلام على الأشخاص

الكتاب الأول

في التمتع بالحقوق المدنية وأسباب الحرمان منها

الباب الأول [1]

في التمتع بالحقوق المدنية

بند 7 – « لا ملازمة بين التمتع بالحقوق المدنية وحيازة الاتصاف بالصفة الأهلية الفرنساوية ؛ فإن الاتصاف بهذه الصفة إنما يكتسب ويستفاد باستجماع الشروط المذكورة في القانون السياسي الأساسي » [2] .

5 ** من دخل تحت حكومة حاكم ، ولو جاء من جهات بعيدة ، كان له حق في الحماية والتأمين على النفس والمال وغير ذلك مما يعامل به أهل الوطن كما يؤخذ مما تقدم ؛ فمفاد صدر البند مناسب للشرع من حيث المعاملة بحماية الحكومة للأجنبي المقيم بها .

6/أ **بند 8** – لكل فرنساوي حق التمتع بالحقوق المدنية / ، راجع بند 17 مدني [3] .

6 ** لكل من في حكومة إمام حق في معاملة الإمام بالرأفة والحماية مما يشين ؛ فللبند مناسبة بالشرع .

بند 13 – الأجنبي المأذون بالتوطن في المملكة الفرنساوية من الملك له أن يتمتع بجميع الحقوق المدنية ما دام مقيمًا بها . راجع بند 102 من هذا القانون المدني [4] .

7 ** الأجنبي المتوطن بحكومة والٍ غير الذي كان في حكومته أَوَّلًا له أن يتمتع برعاية الحكومة الثانية مما مضى ذكره في البند الأول [5] .

بند 14 – لا مانع أن يُطْلَب الأجنبي الذي بفرنسا ولو كان غير متوطن بها في

---

(1) لم يتناول المصنف البند رقم 9 ، 10 ، 11 ، 12 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة جـ 1 ص 5 ، 6 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 5/1 .

(3) المرجع السابق .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 6/1 .

(5) راجع ص 47 ، ص 48 من هذا المؤلف .

المحاكم الفرنساوية لإقامة الدعوى فيما يتعلق بإجراء مقتضيات العقود والالتزامات المنعقدة بينه وبين أحد من الفرنساوية بمملكة فرنسا ، بل ولو كانت منعقدة بينه وبين أحدهم في البلاد الأجنبية . راجع بند 2023 ، وبند 2124 ، وبند 2128 من هذا القانون ، وبند 69 ، وبند 70 ، وبند 546 من قانون تحقيق القضايا والمرافعات المدنية (1) .

8 ** لا مانع أن يُطْلَب الأجنبي الذي بحكومة غير واليه لإقامة الدعوى بالحكومة التي هو بها فيما يتعلق بالعقود وما يترتب عليها وبالتعديات الصادرة بينه وبين بعض أهل الحكومة المتأصلين بها . ولو كان العقد بينهما صدر في بلاد أخرى فلا مانع / من المخاصمة بينهما في الحكومة التي هما بها وقت الخصومة ، حيث إن ذلك كله لم يخرج عن درء المفاسد وجلب المصالح ، ولا يأباه الشرع بحال ؛ فللبند مناسبة ظاهرة بالشرع . 6/ب

بند 15 – لا مانع من أن يُطلب أحد الفرنساوية للترافع بين يدي المحاكم الفرنساوية فيما يتعلق بالالتزامات والعقود التي عقدها في البلاد الأجنبية ولو مع أجنبي ، راجع بند 69 ، وبند 166 ، و 167 من قانون تحقيق القضايا والمرافعات المدنية (2) .

9 ** للأجنبي أن يطلب غيره من المتأصلين في بلاد الحكومة للمخاصمة فيما سبق ، لا فرق في ذلك بين ما عقد بينهما في البلاد الأجنبية أو في بلاد الحكومة ؛ فللبند مناسبة ظاهرة بالشرع .

الباب الثاني

في الكلام على الحرمان من الحقوق المدنية وفيها فصلان

الفصل الأول

في الحرمان منها بفقد صفة الفرنساوية (3)

بند 17 – تزول صفة الفرنساوية عن موصوفها بأحد ثلاثة أمور :

الأول : بالأهلية المكتسبة في البلاد الأجنبية .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 6/1 .

(2) راجع تعريب القانون الفرنساوي المدني الجزء الأول من الباب الثاني من الفصل الأول ص 7 .

(3) لم يتناول المصنف البنود من 18 إلى 26 من القانون الفرنساوي المدني في المقارنة جـ 1 ص 7 : 9 .

الثاني : بالدخول في خدمة ميرية في حكومة أجنبية بدون الإذن من ملك فرنسا .

الثالث : بالاستيطان في البلاد الأجنبية لا على نية العود إلى الوطن ، ومن المعلوم أن إقامة التجار في البلاد الأجنبية واتخاذهم محال تجارية فيها لا يعد ذلك إقامة متضمنة لعدم نية الرجوع (1) .

7/أ **10** ** في المختصر وشرح الأجهوري (2) : إن من حلف لا يتزوج / مصرية انصرفت يمينه إلى من أبوها مصري وإلى الطارئة إن تخلقت بخلقهن ، بل وقع لسحنون (3) فيمن حلف لا يتزوج من الأعراب فانقلبت امرأة إلى الحاضرة فسكنتها وانقطعت عن البادية لم يحنث فيها ا هـ .

فجعل مجرد الانقطاع وإن لم تتخلق كافيًا ، وأفاد ذلك بعضهم أيضًا . ومثل المصرية غيرها في ذلك ؛ فمن حلف على جنس ليس له أن يتزوج ممن تخلقت بخلق نساء ذلك الجنس ا هـ .

فكل هذا يفيد أن الاستيطان في بلد ، مع التخلق أو مجردًا عنه ، يوجب كون المستوطن معدودًا من أهل تلك البلد التي استوطنها ، وتزول عنه النسبة إلى الموضع الذي كان فيه قبل الاستيطان ، وكذا حكمها . فالصورة الثالثة من البند مناسبة للمذهب في أن الاستيطان في بلد غير الوطن الأول تزول به النسبة .

الفصل الثاني

في الحرمان من الحقوق المدنية بسبب الحكم على إنسان بعقوبة جنائية (4)

بند 27 – الحكم بالعقوبة أيًّا ما كانت على المذنب الغائب لا يستلزم الموت المدني إلا

---

(1) المرجع السابق 7/1 .

(2) الأجهوري هو : أبو زيد عبد الرحمن بن علي الأجهوري الفقيه العلامة العالم العامل الزاهد بقية السلف الفاضل ، أثنى عليه الشيخ الشعراني ، أخذ عن الشهاب الغيشي ، والشمس والناصر اللقانيين ، وأخذ عنه محمد بن محمود الونكري ، وعلي بن الرجل ، له حاشية على مختصر خليل . توفي في صفر سنة 957 . شجرة النور الزكية ص 280 .

(3) سبق ترجمته .

(4) لم يتناول المصنف البنود 29 ، 30 ، 32 ، 33 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة جـ 1 ص 10 ، 11 .

بعد مضي خمس سنوات ، ابتداؤها من تاريخ تنفيذ الحكم الصوري على ذلك الغائب ، ويباح له في أثناء هذه المدة الحضور في المحكمة للتظلم [1] راجع بند 465 [2] .

11 ** الغائب بعيد الغيبة كإفريقية من مكة ونحوها يقضي القاضي عليه في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها ويمين القضاء ، ويسمي القاضي الشهود والمعدلين لهم / حيث يعذّر فيهم ، أي كتب ذلك عنده ليجد له مدفعًا ؛ لأنه باقٍ على 7/ب حجته إذا قدم فإذا أبدى مطعنا في تلك البينة بعد قدومه نقض الحكم ، والمتوسطة في تسمية الشهود والمعدلين للمدعى عليه إذا قدم والإعذار إليه فيهم كالبعيدة ، كذا في المختصر وشرح الدردير [3] وحاشيته [4] ؛ فالبند مناسب للمذهب في كون الغائب على حجته إذا قدم بعد الحكم عليه حال الغيبة [5] .

بند 28 – المحكوم عليهم بالعقوبة في غيابهم يضرب عليهم الحجر في أموالهم ويمنعون من التصرف فيها ومن التمتع في الحقوق المدنية مدة الخمس سنوات ، أو إلى أن يحضروا في المحاكم ، أو أن يقبض عليهم في أثناء هذه المدة ، ويصير الحكم

---

(1) نص في القانون الفرنساوي للتظالم . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 100/1 .

(3) الدردير : هو أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهري الخلوتي ، الشهير بالدردير ، فقيه صوفي ، ولد ببني عدي بصعيد مصر ، من مصنفاته : أقرب المسالك لمذهب مالك ، الشرح الصغير على أقرب المسالك ، الشرح الكبير على مختصر خليل . توفي – رحمه الله – بالقاهرة سنة 1201 هـ . (هدية العارفين 181/1 ، معجم المؤلفين 242/1) .

(4) راجع مختصر خليل ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليهما 162/4 وما بعدها . وجاء في الشرح الكبير حاشية الدسوقي : لما كان القاضي له الحكم على النائب وكانت الغيبة ثلاثة أقسام : قريبة وبعيدة ومتوسطة ذكرها على هذا الترتيب ، والغائب « القريب » الغيبة كاليومين والثلاثة مع إلا من حكمه « كالحاضر » في سماع الدعوى عليه والبينة وتزكيتها ، ثم يكتب إليه بالاعتذار فيها ، وأنه لما قدم أو وكل فإن لم يقدم ولا وكل حكم عليه في كل شيء ، ويباع عقاره ونحوه في الدين وعجزه إلا في دم وحبس إلى آخر ما تقدم وأشار إلى الثانية بقوله : والغيبة (البعيدةُ كأفريقية) من مكة ونحوها (قُضي عليه) في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها (بيمين القضاء) من المدعي أنه ما أبرأه ولا أحاله الغائب به ولا وكل من يقضيه عنه في الكل ولا في البعض ، وهي واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب ، وهذه اليمين تتوجه في الحكم على الغائب ، والميت ، واليتيم ، والمساكين ، والأحباس ونحو ذلك . وَسمى القاضي (الشهُود) والمعدلين لهم حيث يعذر فيهم أي كتب ذلك عنده ليجد له مدفعا عند قدومه لأنه باق وحينئذ على حجته إذا قدم والمتوسطة في هذا كالبعيدة إلى آخره .

(5) قاعدة : الغائب على حجته إذا قدم بعد الحكم عليه حال الغيبة .

في أموالهم وحقوقهم كأموال الغائبين وحقوقهم ؛ فيقام عليها قيّم لحفظها وإدارتها بالمصلحة . راجع بند 112 ، وبند 143 ، وبند 222 ، وبند 1427 من هذا القانون ، وبند 859 ، وبند 863 ، وبند 99 من قانون الأقضية المدنية وبند 455 ، وبند 465 ، وبند 471 ، وبند 475 من قانون تحقيق الدعاوى [1] .

12 ** المحبوس لقتل ثبت عليه بالبينة أو الاعتراف يحجر عليه [2] في غير مؤنته وتداويه ومعاوضة مالية ، كذا في الدردير وحاشيته [3] ؛ فالبند مناسب للمذهب في الحجر في الجملة على من حكم عليه بالقتل الداخل تحت مطلق العقوبة / . 8/أ

بند 31 – إذا مات المحكوم عليه في غيابه في مدة الخمس سنين بدون أن يحضر ويقبض عليه كان بمنزلة من مات في حال ملكيته أو تمام تصرفه وتمتعه بحقوقه ، ولا اعتداد بما حكم به عليه وهو غائب ، وإنما إذا كان عليه حقوق عادية تكون في ذمة الورثة فلأصحابها التداعي معهم على موجب الأصول المعتادة . راجع بند 478 من قانون تحقيق الجنايات [4] .

13 ** لا مناسبة له بالمذهب إلا كون الدين الذي في ذمة الميت تُخَاصَمُ فيه الورثة لكونه مطلوبًا من التركة وهم قائمون مقام الميت [5] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 10/1 .

(2) أما الحبس لمجرد الدعوى ليستبرئ ، أمره فلا يحجر عليه . الشرح الكبير للدردير 306/3 .

(3) أما في مؤنته وتداويه فلا يحجر عليه فيهما ، لأن بهما قوام بدنه ، كذا في الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 307/3 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 11/1 .

(5) إذا مات الإنسان أخرج أولا من رأس ماله ما يلزم في تكفينه وإقباره ، ثم الديون على مراتبها ، ثم تخرج الوصية من ثلثه ، ثم يورث ما بقي . قوانين الأحكام الشرعية لابن جزئ الغرناطي المالكي ص 415 طبعة عالم الكتب بالحسين .

الكتاب الثاني

من المقالة الأولى في عملية سجل الأنساب وإثبات الولادة والزواج والوفاة ويسمى بالسجل المدني

الباب الأول

« ضوابط عمومية » [1]

بند 34 – يقتضي أن يذكر في سجل الأنساب تواريخ ، وأسماء ، وألقاب ، وأعمار ، وصنائع ، ومساكن كل من اقتضى تسجيله في سجل الأنساب ، مبينًا في التاريخ المذكور السنة واليوم والساعة التي يحصل فيها الإخبار بالولادة أو بعقد الزواج أو بالوفاة . يراجع بند 42 ، وبند 57 ، وبند 76 ، وبند 78 ، وبند 79 ، وبند 85 وما بعده لغاية بند 359 من قانون المدنية [2] .

14 ** كتابة النكاح والوفاة والولادة بالسجل على وجه ما ذكر أمر لا يأباه الشرع ، بل تميل إليه عبارات فقهاء المذهب ؛ فللبند مناسبة واضحة به .

بند 35 – لا يجوز للمأمورين بالتسجيل أن يقيدوا / في السجلات إلا ما 8/ب
يبلغهم به المندوبون لذلك بدون زيادة ما من ملحوظات وخلافها من عند أنفسهم . يراجع بند 42 ، وبند 69 من قانون المدنية [3] .

15 ** يؤخذ من قوله : لا يجوز إلخ أنه ينبغي أن يكون الكاتب ثقة مرضيا ؛ فيناسب هذا ما صرحوا به من أنه يجب على القاضي على ما في بعض الكتب [4] ، ويندب على ما في بعض آخر ، أن يرتب كاتبا عنده لوقائع الناس التي يريد الحكم فيها عدْلاً مرضيًا [5] ، وسيأتي لذلك تفصيل في الكلام على بند 198 .

---

(1) لم يتناول المصنف البنود 36 ، 37 ، 46 : 62 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة جـ 1 ص 13 إلى 17 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 12/1 ، 13 ، 16 ، 17 ، 22 ، 23 ، 24 إلى 82 .

(3) المرجع السابق .

(4) جاء في التاج والإكليل على مختصر خليل 115/6 « ورتب القاضي كاتبًا عدلًا شرطًا » .

(5) وعلق الحطاب على ذلك قائلا : « اعلم أن ترتيبه للكاتب والمزكي والمترجم على جهة الأولوية ، هذا ظاهر عباراتهم » . مواهب الجليل للحطاب 115/6 طبعة دار الفكر بيروت .

بند 38 – يجب على مأمور التسجيل أن يقرأ ما سجله على المبلغين أو وكلائهم وعلى الشهود حرفيا ، وينبه في السجل أنه قد صار تلاوة ذلك على من ذكر . راجع بند **36** من هذا القانون [1] .

16 ** يؤخذ من قوله : يجب على مأمور التسجيل إلخ أنه ينبغي وقوف غيره ممن ذكر على ما يكتبه ؛ فيناسب ما نقله الحطاب [2] ونصه : إن كان الكاتب غير ثقة فلابد من إطلاع القاضي على ما يكتبه ؛ فيجلس قريبا منه بحيث يشاهد ما يكتبه عنه ، وإن كان عدلًا ؛ فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب ، وقد رجح بعض الشيوخ وجوب ذلك على القاضي إذا كان عدلا ؛ لأنه إذا شاهد ما يكتب أشهد على نفسه بأمرٍ يَتَيَقَّنه ، وإذا
9/أ عول على الكاتب العدل / اقتصر على أمر بظنون مع القدرة على التحقق اهـ [3] .

بند 39 – يجب بعد تسجيل أي مادة أن يختم عليها مأمور التسجيل والمبلغون والشهود مع كتابة أسمائهم ، وإذا امتنع أحدهم عن وضع اسمه أو خَتْمِه فلابد أن يذكر سبب ذلك الامتناع ويقيد في السجل [4] .

17 ** قوله : يجب إلخ يناسب هذا ما في الدسوقي [5] : إن خَتْم كتاب القاضي للقاضي من داخله واجب ؛ لأن العرف عدم قبول غير المختوم من داخله [6] . ويؤخذ من هذا التعليل أن ختم كل ما يعتمد عليه من القاضي واجب [7] لأن العرف كذلك .

بند 40 – يجب أن يخصص في كل ناحية دفتر للتسجيل ، أو عدة دفاتر بحسب الاقتضاء ، وإنما يلزم أن يكتب من كل دفتر نسختان ، يراجع بند 42 ، وبند 171 ، وبند 198 من القانون المدني ، وبند 152 من قانون الحدود والجنايات [8] .

18 ** تقدم ما يناسب هذا البند في الكلام على بند 14 .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 13/1 . (2) سبقت له ترجمة .

(3) نقله الحطاب عن المازري . (مواهب الجليل 115/6) . وقد اخترنا إثبات التحقق بدلا من « المحقق » الموجودة في المخطوطة للسياق . (4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 13/1 . (5) سبقت له ترجمة .

(6) جاء في حاشية الدسوقي 160/4 مامؤداه : « وندب ختم كتاب القاضي أي من خارجه على نحو شمعة ؛ خوفا من أن يسرق أو يسقط من الشهود فيزاد فيه أو ينقص منه ، وأما ختمه من داخله فهو واجب ؛ لأن العرف عدم قبول غير المختوم من داخله » اهـ . (7) قاعدة : ختم كل ما يعتمد عليه من القاضي واجب عرفًا .

(8) تعريب القانون الفرنساوي المدني 13/1 ، 43 ، 48 .

بند 41 – يلزم أن تكون صفحات السجلات منمرة بالضبط الكافي من أول صحيفة إلى آخر صحيفة ، وأن يؤشر على كل صحيفة منها بإمضاء وعلامة رئيس محكمة القسم أو من ينوب عنه [1] .

19 ** هذا أمر لا يأباه الشرع بل فيه مزيد ضبط فلا بأس به في الدفاتر والسجلات / . 9/ب

بند 42 – يقتضي أن كل ما يكتب من التبليغات في جريدة سجل الأنساب يكون متناسقًا مضمومًا بدون تخلل بياض بين الكلمات والسطور ، وإذا اقتضى الحال شطبا أو كتابة تخاريج على الهامش يصير التصديق عليها والتنبيه على كميتها بوضع علامة الحاضرين عليها ، ويجب أيضًا تجنب كتابة الكلمات بالاختصار أو بطريق الرمز ، وكذلك كتابة التاريخ لا تكون إلا بالعبارة [2] .

20 ** هذا أمر لا يأباه الشرع بل يميل إليه وهو من أصول كتابة الموثقين ، وما هو إلا موجب لمزيد الضبط في حفظ الحقوق والمنع من التزوير فيها .

بند 44 – ويقتضي أن سندات التوكيلات وجميع السندات المتعلقة بسجلات الأنساب يصير حفظها بمحكمة القسم بعد إمضائها من المتوطنين بها والتأشير عليها بعلامة الصحة من مأمور تسجيل الأنساب [3] .

21 ** تقدم ما يناسب هذا من وجوب ختم كتاب القاضي من داخله ؛ لأن العرف عدم قبوله بدون ختم [4] .

بند 45 – كل من استدعى بطلب كشف من سجلات الأنساب والتمس ذلك من المنوطين بحفظها يجاب إلى ذلك ، ويستخرج له الكشف منها ويصدق عليه رئيس محكمة القسم أو من ينوب عنه ؛ ليعتمد الكشف المذكور ، وإنما يعتمد الكشف المستخرج بهذه الصورة ما لم يقدح / فيه إنسان ويثبت عدم صحته . راجع 10/أ بند 99 وما بعده وبند 1319 و 1334 مدني وبند 245 محاكمات [5] .

22 ** إجابة من استدعى بطلب كشف من السجلات أمر تميل إليه عبارات

---

(1) المرجع السابق . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 13/1 . (3) المرجع السابق 14/1 .

(4) قال الدسوقي : « وأما ختم كتاب القاضي من داخله فهو واجب ؛ لأن العرف عدم قبول غير المختوم من داخله » . حاشية الدسوقي 160/4 . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 13/1 .

المذهب كما سيأتي نقله في الكلام على بند 198 فلهذا البند مناسبة واضحة به .

الباب الثالث

فيما يتعلق بتسجيل عقد الزواج [1]

بند 63 – يجب على مأمور تسجيل الأنساب في مادة الزواج أن يحرر إعلانين بذلك ، فيعلن أحدهما يوم الأحد أمام باب دار المشيخة ، والثاني بعده بثمانية أيام تمضي بعد يوم أحد آخر ، وفي كل من الإعلانين يذكر اسم ولقب وصنعة وموطن كل من الخاطب والمخطوبة وبلوغهما سن الرشد أو كونهما قاصرين ، وكذلك يذكر ألقاب وأسماء وصنائع ومواطن آبائهما وأمهاتهما ، ويذكر أيضا في صورة المحضر الذي يحرره بخصوص ذلك اليوم والساعة والمحل المعين فيها العقد ، ويسجل كل ذلك في دفتر واحد يصير تثميره والتأشير على جميع صحائفه كالمبين في بند 41 ويحفظ آخر كل سنة بعد فعله في قلم محكمة القسم . راجع بند 94 /10ب وبند 166 إلى بند 171 وبند 192 من هذا القانون / [2] .

23 ** ما في هذا البند إنما هو تشديد في أمر الإعلان وسيأتي في الكلام على بند 165 أن الإعلان مطلوب شرعًا ، لكن ربما يرى الشرع في هذا نوع مشقة [3] ، ودين اللّه يسر .

بند 75 – بعد تمام مدة الإعلانات اللازمة يعين الزوجان يومًا مخصوصًا لعقد النكاح ، ويحضر مأمور تسجيل الأنساب في منزل الزوجين ، وينعقد محضر يشتمل على أربعة شهود أقارب أو غيرهم ، فيتلو مأمور تسجيل الأنساب على الزوجين السندات المذكورة سابقًا المتعلقة بصفاتهما وبشروط وأركان الزواج المتعلقة بما يخص الزوجية واستيفاء ما يلزم ذلك ، ويتلو عليهم أيضًا الباب الرابع من كتاب الزواج فيما يتعلق بالحقوق والواجبات لكل من الزوجين على الآخر ، ثم يجري بينهما صيغة العقد إيجابا وقبولا ، ثم يحكم بصحة العقد رسما ، ثم يحرر حالًا سندًا بذلك . راجع بند 37 ، و 38 لغاية 196 [4] .

---

(1) المصنف لم يتناول الباب الثاني وعنوانه : فيما يتعلق بتسجيل المولودين في المقارنة جـ 1 ص 15 ، 16 ، 17 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 18/1 وما بعدها .

(3) ترجع هذه المشقة المظنونة في عصر المؤلف إلى عدم وجود التنظيمات الإدارية الميسرة للإعلان المطلوب على هذا النحو ، أما عند وجود هذه التنظيمات فلا مشقة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 21/1 .

24 ** لا يناسب هذا البند من المذهب إلا كون النكاح يستدعي الإيجاب والقبول المفصلين في المذهب وإشهاد عدلين غير الولي بذلك [1] .

الكتاب الرابع

فيما يتعلق بالغائبين

الباب الأول

« في مظنة الغيبة أي في المفقودين » [2]

11/أ **بند 112** – إذا اقتضى الحال النظر في حفظ أموال / إنسان مفقود لم يعلم محله ومظنون غيابه ، أو في حفظ جزء من أمواله وإدارة ذلك ، ولم يكن ترك وكيلًا يتصرف في ذلك بالمصلحة ، فلمحكمة القسم أن تنظر في ذلك بطلب أصحاب المنافع الذين لهم مصلحة وحقوق على ذلك المال ، راجع بند 28 ، وبند 474 ، وبند 817 ، وبند 819 ، وبند 838 ، وبند 840 من القانون المدني [3] ، وبند 859 ، وبند 860 من المرافعات .

25 ** قال الحطاب في أوائل فصل المفقود ما نصه « تنبيه : قال في المدونة : وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوقفه ، كان بيد وارث أو غيره ويوكل به من يرضى ، وإن كان من ورثته من يراه لذلك أهلا أقامه له ، وينظر في قراضه وودائعه ، ويقضي ديونه ولا يبرأ من دفع من غرمائه لورثته ؛ لأن ورثته لم يرثوه بعد ، أي الآن . وما أسكن أو أعار أو آجر إلى أجل أرجئ إليه ، وإن قارض إلى أجل فسخ وأخذ المال ، وما لحقه من دين أو اعتراف أو عهد ثمن أي اسْتُحِقّ ما باع ، فيرجع عليه بالثمن ، أو عيب قضى به عليه ، ولا يقام له وكيل ، وتباع عروضه في ذلك [4]

---

(1) أركان النكاح – في المذهب المالكي – خمسة : الزوج ، والزوجة ، والولي ، والصداق والصيغة ، .... – فأما الصيغة فهي ما يقتضي الإيجاب والقبول ، كلفظ التزويج والتمليك » . قوانين الأحكام الشرعية ص 195 . لكن الحكم بإيجاب توثيق عقد الزواج مما لا تأباه القواعد الشرعية ، وهو ما ذكره المؤلف في تعليقه السابق على بند رقم 42 .

(2) لم يتعرض المصنف إلى الباب الرابع فيما يتعلق بالوفاة من التسجيل ، والباب الخامس فيما يتعلق بسجل الأنساب في حق العسكرية إذا كانوا خارج حدود المملكة ، والباب السادس فيما يتعلق بتصحيح السجلات وفي الكتاب الثالث فيما يتعلق بالموطن .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 30/1 .

(4) وجهه أن الوكيل لا يعلم حجج الغائب ويقوم بحجته إذا قدم . « مواهب الجليل للحطاب 156/4 » .

11/ب وتمامه فيه ، ومثل السلطان نائبه كما قد يستفاد من قوله : « قضى / به عليه » . فالبند مناسب للمذهب من حيث إن للحاكم دخلا فيما ذكر [1] .

بند 113 – فعلى موجب استدعاء أصحاب المنفعة العاجلة القريبة تعين المحكمة من المأذونين بالكتابة وكيلًا عن مظنون الغياب في إحصاء أمواله وضبطها ودفع ديونه الحالة لأربابها . راجع بند 839 وبند 834 من هذا القانون [2] .

26 ** قد سبق أن ما لحقه من دين قضى به عليه ، ولا يقام له وكيل وتباع عروضه في ذلك . فالبند مناسب للمذهب في أصل دفع ديونه الحالة لأربابها .

بند 114 – وكيل الملك بمحكمة القسم ملزوم بملاحظته منافع الأشخاص المفقودين المظنون غيابهم في جميع الدعاوى المقامة عليهم ، فهو الذي يخاصم بدلا عنهم فيها . راجع بند 136 من هذا القانون [3] .

27 ** يستفاد مناسبة هذا البند للمذهب من العبارة السابقة .

الباب الثاني

« في اعتبار الغيبة وإعلانها » [4]

بند 115 – إذا اختفى إنسان عن موطنه أو محل إقامته وانقطع خبره من أربع سنين
12/أ جاز لمن لهم حق أو مصلحة أن يرفعوا دعواهم إلى محكمة القسم / لتحكم عليه بالغياب ، ويسمى ذلك الغيبة المعتبرة . راجع بند 112 مدني و 895 محاكمات [5] .

28 ** لزوجة المفقود [6] الرفع للقاضي وحاكم السياسة وجابي الزكاة إن وجد واحد منهم في بلدها ليكشفوا عن حال زوجها ، وإلا فلجماعة المسلمين من صالحي بلدها ؛ فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله وإلا طلق عليه

---

(1) المرجع السابق .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 30/1 .
(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 36/1 .
(4) لم يتناول المصنف البنود من 17 إلى 28 في القانون الفرنساوي المدني في المقارنة جـ 1 ص 31 - 34 .
(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 31/1 .
(6) المفقود من انقطع خبره ، وعمي أثره ، وخفي أمره ؛ فلم تعلم حياته ولا موته ، ولم يعرف مكانه بأرض ولا وادٍ . الكافي في فقه أهل المدينة المالكي 567/2 ، القوانين الفقهية ص 188 » .

لعدم النفقة ، ويؤجل العبد نصفها من حين العجز عن خبره بعد البحث عليه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان ، بأن يرسل الحاكم رسولًا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتملًا على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها ، ثم بعد الأجل الكائن بعد كشف الحاكم عن أمره ولم يعلم خبره اعتدت كعدة الوفاة . فالبند مناسب للمذهب في اعتبار الأربع سنين في شأن المفقود في الجملة [1] .

بند 116 – وطريقة ذلك أن تحكم المحكمة المذكورة بناء على السندات والدلائل بالبحث والتفتيش عن قضية هذا الشخص في خط موطنه وفي خط محل إقامته إن تعدد ذلك ، وتحقيق البحث يكون بحضور أرباب الحقوق في وجه وكيل الملك . راجع بند 120 وبند 82 من هذا القانون وبند [2] 255 / وبند 259 من قانون المرافعات والمحاكمات . 12/ب

29 ** تقدمت كيفية البحث عنه ولها مناسبة ظاهرة بما في هذا البند .

الباب الثالث

فيما يترتب على الغياب من الأحكام

الفصل الأول

فيما يترتب على الغياب في حق الأموال المملوكة للغائب يوم اختفائه [3]

بند 129 – إذا دامت مدة الغياب ثلاثين سنة كاملة من زمن وضع اليد المؤقت على المال أو من زمن توكل الزوج الشريك أو مضت مائة سنة كاملة من يوم ولادة الغائب ؛ انفك ضمان الضامنين ، وساغ لكل ذي حق أن يطلب قسمة تركة الغائب ؛ ليتمكن أرباب الحقوق من ملكها مِلكًا مطلقًا بحكم صادر من محكمة القسم بالأيلولة الحقيقية ، راجع بند 132 وبند 138 وبند 815 وما بعده من هذا القانون [4] .

---

(1) قال ابن رشد « الحفيد » : « واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته وموته في أرض الإسلام ، فقال مالك : يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم أن ترفع أمرها للحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته تجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا وحلت » . بداية المجتهد 39/2 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 31/1 .

(3) لم يتناول المصنف البنود 131 ، 133 ، 135 ، 136 ، 138 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 34/1 ، 35 ، 36 ، 181 .

30 ** يبقى مال المفقود على ما هو عليه بالوجه السابق في الكلام على بند 112 لثبوت موته أو لمدة التعمير وهي سبعون سنة على الراجح ، وقيل : خمس وسبعون ، وقيل : ثمانون ، ثم يورث ماله حين ثبوت موته أو مضي مدة التعمير مع الحكم بموته . والمعتبر : وارثه يوم الحكم بموته لا وارثه يوم الفقد ، ولا وارثه يوم بلوغ مدة التعمير بدون حكم ، كذا الدردير والدسوقي . قال في آخر المجموع : فإن مضى مائة وعشرون سنة لم يحتج لحكم ؛ فالبند يناسب المذهب في توقيف الإرث عند
13/أ عدم ثبوت موته / على مضي مدة طويلة ، وفي اعتبار المائة سنة في الجملة [1] .

بند 130 – يفتح ميراث الغائب من يوم ثبوت موته ، وتقسم تركته على ورثته الذين لهم استحقاق ذلك من يوم الموت ، ويجب على واضع اليد على المال أن يرده كله ولا يبقي لنفسه إلا ما استحقه بمنطوق بند 127 ، راجع بنود 110 و 127 و 131 وما بعده و 135 وما بعده و 138 و 718 وما بعده وبند 1315 مدني [2] .

31 ** تقسم تركة المفقود حين ثبوت موته على ورثته ، والمعتبر ، كما في الأجهوري : ورثته يوم ثبوت الموت ؛ فللبند مناسبة بالشرع في قَسْم تركة الغائب من يوم ثبوت موته [3] .

بند 132 – إذا حضر الغائب أو علمت حياته ولو بعد الحكم بالتوريث الحقيقي ترجع إليه أمواله بالحالة التي يجدها عليها ، ويأخذ أثمان ما صار التصرف فيه أو يسلم

---

(1) راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 482/2 .
جاء في حاشية الدسوقي (قوله فيورث حينئذ) أي حين إذ ثبت موته أو مضت مدة التعمير وظاهره ولو لم يحكم بموته وليس كذلك فالمراد وورث ماله حين إذ ثبت موته أو مضت مدة التعمير مع الحكم بموته والمعتبر وارثه يوم الحكم بموته لا وارثه يوم العقد ولا وارثه يوم بلوغه مدة التعمير بدون حكم (قوله وبقيت زوجة الأسير ومفقود بأرض الشرك للتعمير) أي ثم حكم بموته واعتدت زوجة كل عدة وفاة وقسم ماله على ورثته فإن جاء بعد القسم لتركته لم يمض القسم ويرجع له متاعه (قوله وحكم بخمس وسبعين) قيل يعمر خمسا وسبعين حاشية الدسوقي 482/2 .
وجاء في الشرح الكبير وبقيت (زوجة الأسير) وزوجة (مفقود وأرض الشرك للتعمير) إن دامت نفقتها وإلا فلها التطليق (وهو) أي التعمير مدته (سبعون) سنة من يوم ولد وتسميها العرب دقاقة الأعناق واختار الشيخان أبو محمد عبد الله ابن زيد وأبو الحسن علي القابس (ثمانين وحكم بخمس وسبعين) سنة والراجح الأول ولذا قدمه الشرح الكبير 482/2 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 35/1 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 482/2 مانصه : « وورث ماله حين ثبت موته ، أو مضت مدة التعمير مع الحكم بموته ، والمعتبر وارثه يوم الحكم بموته ، لا وارثه يوم الفقد ، ولا وارثه يوم بلوغه مدة التعمير بدون حكم » .

الأملاك التي صار شراؤها من أثمان مبيعاته . راجع بند 929 من هذا القانون [1] .

32 ** إذا حضر الغائب بعد قَسْم تركته فإن القسم لا يمضي ويرجع له متاعه [2] ، ذكره العدوي [3] . ومقتضى كونه لا يمضي أن ما تصرف فيه الورثة وهو قائم بعينه يرد لصاحبه ، وما استهلك فعليهم مثل المثلى / وقيمة المقوم والمأخوذ من كلامهم في 13/ب أول فصل اختلاف في المتبايعين أن القيمة تعتبر من يوم القسم ، لأنه يوم التسلط [4] ؛ فالبند مناسب للمذهب في رجوع أموال الغائب إليه عند حضوره بعد قسم تركته .

بند 134 – إذا حكم الحاكم بغياب شخص لا يجوز لمن له عليه حق على مال الغائب أن يوجه دعواه إلا على من آل إليه ذلك المال أيلولة مؤقتة ، أو على من أنيط بتدبير المال وحفظه لمصلحة الغائب من طرف المحكمة . راجع بند 120 وبند 124 وبند 129 من هذا القانون [5] .

33 ** نقل الحطاب عن المتيطية أن الحاكم يجعل مال المفقود في يد من يرتضيه من أهله أو غيرهم ، ويقدمه للقيام بتثمير ماله والنظر في جميع أحواله ، فيقتضى ديونه ، إن كانت له ، عند حلول آجالها ، ويمكن من إثباتها والخصام فيها ، وما كان عليه من ديون ثبتت عليه قَضَاها عند حلول آجالها بعد أيمان أربابها [6] اهـ . 14/أ فهذا يفيد أن الذي يرتضيه الإمام وَيَجْعل مال المفقود في يده هو الذي يخاصمه

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 35/1 ، 206 .

(2) جاء في حاشية العدوي (قوله لا يوم فقده) مالم تثبت موته فقده أو بعده وقبل مدة التعمير فإن ثبت قسم حين ثبوته فإن جاء بعد قسم تركته فإن القسم لا يمضى ويرجع له متاعه الخرشي وبهامشه حاشية العدوي 153/4

(3) العدوي هو : أبو الحسن علي بن أحمد الصعيدي العدوي الإمام الهمام شيخ مشايخ الإسلام وعلم العلماء والأعلام ، إمام المحققين وعمدة المدققين ، توفي عاشر رجب سنة 1189 ومولده ببني عدي سنة 1112 شجرة النور 342 .

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 188/3 حيث جاء في الشرح الكبير (فصل) في اختلاف المتبايعين (إن اختلف المتبايعان) لذات أو منفعة بنقد أو غيره (في جنس الثمن) أي العوض فيشمل الثمن إذ هو ثمن أيضًا ولو قال في جنس العوض كان أوضح كذهب وعرض (أو) في (نوعه) كذهب وفضة أو قمح وشعير (حلفا وفسخ) مع القيام والنوات وجد شبهة منهما أو من أحدهما أولا (ورد مع الفوات قيمتها) إن كانت مقومة ومثلها إن كانت مثلين وتعتبر القيمة (يوم بيعها) لا يوم الفوات ولا الحكم وإن اختلفا في قدره أي قدر الثمن كعشرين ويتحول المشترى بعشرة (كمثمونه) أي كاختلافهما في قدر متمون الثمن كبعتك عبدًا بدينار فقال المشترى بل العبد وهذا الثوب به والتشبيه في القدر فقط . الشرح الكبير 188/3 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 35/1 وما بعدها . (6) نقله الحطاب عن المتيطية في مواهب الجليل 156/4 .

من له حق على المفقود . وكذا يفيد ذلك ما مر في الكلام على بند 112 فلهذا البند مناسبة بالمذهب في أن الدعوة تتوجه إلى من آل إليه ذلك المال أيلولة مؤقتة .

بند 137 – يجري منطوق البندين المتقدمين بدون أن يُمْنع أحد من التداعي بالوراثة أو الحقوق الأخرى على تركة الغائب مع وكيله أو ورثته أو من له علاقة في تدبير ماله ، ولا يفوت حق التداعي إلا بالمدة الطويلة ، راجع بندى 772 و 2262 من هذا القانون [1] .

34 ** من ادعى وراثة بعد موت الغائب أو تَمْوِيتِهِ أو حقًّا عليه ، سمعت دعواه على ورثته كما هو معلوم . فللبند مناسبة للمذهب في سماع دعوى الوراثة أو غيرها من الحقوق على الورثة [2] .

الفصل الثالث

فيما يترتب على الغياب بالنسبة للزواج [3]

بند 139 – إذا كان أحد الزوجين غائبا فتزوج الآخر بغيره ، فلا حق لأحد مطلقًا في منع هذا الزواج بالطعن في صحته إلا للزوج الآخر وحده أو وكيله المفوض بشرط أن يكون معه سند قوي بإثبات حياته ، راجع بند 147 وبند 188 وبند 189 وبند 312 من هذا القانون وبند 340 من قانون الجنايات والحدود [4] .

35 ** للحاكم أن يطلق على المفقود من حين العجز عن خبره عند عدم النفقة من غير تأجيل بعد العجز ، فإن تزوجت بعد هذا الطلاق فلا كلام لأحد ؛ فالبند إنما يناسب المذهب في تزوج زوجة المفقود بغيره / [5] . 14/ب

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 36/1 . (2) قاعدة : تسمع دعوى الوراثة أو غيرها من الحقوق على الورثة .

(3) لم يتناول المصنف الفصل الثاني : فيما يترتب على الغياب بحقوق تعرض له صدفة واتفاقًا .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 37/1 ، 38 ، 46 ، 47 ، 72 ، 77 .

(5) بمعناه في التاج والإكليل ومواهب الجليل 156/4 وما بعدها ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 479/2 وما بعدها . جاء في حاشية الدسوقي (قوله وإلا طلق عليه أي من حين العجز عن خبره من غير تأجيل بعد ذلك) . وجاء في الشرح الكبير (فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها) من ماله وإلاطلق عليه لعدم النفقة ويؤجل (العبد نصفها) سنتان من حين (العجز عن خبره) بالبحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان بأن يرسل الحاكم رسولًا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش منه فيما ثم بعد الأجل الكائن بعد كشف الحاكم عن أمره ولم يعلم خبره (اعتدت) عدة (كالوفاة) الشرح الكبير 479/2 .

بند 140 – إذا لم يكن لأحد الزوجين الغائب من الورثة من هو أهل لأن يخلفه في حفظ وتدبير ماله جاز للزوج الآخر الحاضر أن يطلب من المحكمة الحكم بوضع اليد المؤقت عليها . راجع بند 120 وبند 222 وبند 767 وبند 1427 من هذا القانون وبند 863 من قانون المرافعات والمحاكمات [1] .

36 ** يؤخذ من الكلام على بند 112 وعلى بند 134 أن الحاكم له أن يجعل مال المفقود في يد زوجته إذا ارتضاها لذلك ، وتقوم بما يترتب على ذلك . فالبند مناسب للمذهب في تسويغ وضع يد الزوجة على مال المفقود .

الباب الرابع [2]

فيما يتعلق بولاية القاصر الذي خفي أثر أبيه وانقطع خبره أي مفقود الأب

بند 141 – إذا فقد الأب بأن خفي أثره وانقطع خبره وترك قاصرًا مولودًا من نكاح صحيح ؛ انتقلت ولاية القاصر لأمه ؛ فينتقل إليها ما كان يجب للابن على الأب ؛ من حقوق تربية الولد ، وحفظ ماله ، وتعهد شئونه . راجع بند 155 وبند 373 وبند 389 من هذا القانون وبند 2 من القانون التجاري [3] .

37 ** قال الحطاب عن المتيطية : وينفق أي من جعل الحاكم في يده المال ، كما مَرَّ ، على فقراء صغار بنيه وأبكار بناته حتى يحتلم الذكر منهم وهو صحيح الجسم والعقل ، ويدخل بالأنثى زوجها [4] اهـ . فيؤخذ منه أن أم القاصر إذا ارتضاها / 15/أ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 37/1 ، 53 ، 172 .

(2) لم يتناول المصنف البنود 142 ، 143 ، 144 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 37/1 ، 40 ، 85 ، 88 .

(4) عبارة الحطاب كما نقلها عن المتيطية نصها : « قال في المتيطية : وينفق هذا الوكيل أو السلطان إن لم يقدم أحدًا على زوجة المفقود في الأربع سنين ويكسوها بعد أن تحلف أن زوجها لم يترك لها نفقة ولا كسوة ، ولا أرسل بشيء وصل إليها ، ولا يكلفها إثبات الزوجية ؛ لثبوتها عنده قبل الأجل ، ويكلف ذلك غيرها من نسائه ، ولا ينفق عليها في العدة ، وينفق على صغار بنيه وأبكار بناته بعد ثبوت البنوة ، وأنه لا مال لهم في علم الشهود ... ثم قال : وإن كان له بنون ؟ قلت : إلى فلانة زوجة المفقود وحاضنة بنيها منه فلان وفلانة الصغيرين ، وفلانة البكر بعد أن ثبت عند الفقيه القاضي أنها زوجته وأن بنيها المذكورين هم من المفقود فلابد ، وأن فلانًا وفلانة صغيران ، وأن فلانة بكر ، وأنهم لا مال لهم في علم من ثبت ذلك بشهادتهم . انتهى والله أعلم » . راجع مواهب الجليل للحطاب 157/4 .

الحاكم وجعل المال في يدها تنفق على القاصر بالوجه المذكور . ويؤخذ من قوله فيما نقلناه على بند 134 ، ويقدمه للقيام بتثمير ماله والنظر في جميع أحواله ، أن من ارتضاه السلطان والقاضي يكون وليًا للصبي من أولاد المفقود سواء كان أمًّا للصبي أو غيرها ؛ فالبند مناسب للمذهب في انتقال ولاية القاصر للأم في الجملة .

الكتاب الخامس

في أحكام النكاح وما يتعلق به

الباب الأول

فيما يتعلق بالصفات والشروط اللازمة لصحة عقد الزواج [1]

بند 144 – لا يصح زواج الذكر قبل تمام ثماني عشرة سنة ، ولا زواج الأنثي قبل تمام خمس عشرة سنة راجع . بند 145 وبند 170 وبند 184 وبند 185 من هذا القانون [2] .

38 ** الحر الرشيد أو العبد المأذون له في التجارة يجبر عبده وأمته على التزويج مطلقا صغيرين أو كبيرين وولي السفيه يجبر البكر على التزويج ولو عانسا ، بلغت ستين سنة أو أكثر ، ويخبر الثيب إن كانت صغيرة ، وكذا الوصي وإن نزل [3] له جبر من ذكر إن أمره الأب بالجبر أو لم يأمره وعين له الزوج ، لكن لاجبر للوصي إلا إذا بذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا ؛ فليس هو كالأب من كل وجه ، ثم بعد السيد والأب ووصيه / لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرًا يتيمة تحت 15/ب
حجره ، إلا يتيمة خيف فساد حالها على ما هو مفصل في المذهب . وهذا الاستثناء بتفصيله هو ما جرى به العمل . والرواية المشهورة التي رجع إليها مالك : أنه ليس لأحد من الأولياء بعد فقد المجبر تزويج اليتيمة المذكورة ، وهو مذهب المدونة ؛ وحينئذٍ فالبالغ هي التي تُزَوَّج بإذنها ، فإن كانت ثيبًا أعربت عن نفسها ، وإن كانت بكرًا كفى صمتها كما هو مفصل في المذهب . والبلوغ للذكر والأنثى يتحقق بثمانى عشرة سنة إن لم تظهر له علامات قبل ذلك . كل هذا من شرح الدردير

(1) لم يتناول المصنف البنود 145 ، 149 ، 161 ، 164 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 38/1 ويتفق هذا التحديد لسن الذكر مع ما أخذت به لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في مصر عام 1931 .
(3) أي وصي الوصي أو وصى وصي الوصي وهكذا .

على المختصر وحاشية الدسوقي عليه [1] ، ما عدا القول بعدم استثناء اليتيمة السابقة فإنه من شرح الشيخ أصيل البرديسي [2] على المختصر من الثنائي [3] ؛ فتحصل أنه متى فُقِد الثلاثة المجبرون فالبند المذكور . قريب من المذهب في الأنثى مطلقا على أحد القولين السابقين ، أو في الأنثى غير اليتيمة المذكورة على القول الآخر ، فمتى فقد المجبرون فليس لغيرهم من الأولياء تزويج الصغيرة أصلًا إلا اليتيمة على أحد القولين ، وحينئذٍ فتؤخر الصغيرة للبلوغ بالعلامات أو بثماني عشرة ، ثم لا تزوج البالغ إلا بإذنها .

بند 146 – إنما الزواج عن تراضٍ [4] . راجع بند 180 / و 181 و 183 و 185 16/أ

(1) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي عليه 221/2 : 225 .
جاء في حاشية الدسوقي (قوله وجبر المالك) أي لكل الرقيق أخذًا مما بعده (قوله الحر) أي وأما المالك الرقيق فلا جبر له والجبر لسيد ، والمراد الحر المالك لأمر نفسه وإلا كان الجبر لوليد ومثل الحر المالك لأمر نفسه العبد المأذون له في التجارة فإنه يجبر رقيقه .
(قوله فتنتظر إفاقتها إن كانت ثيبا) أي فإذا أفاقت فلا تزوج إلا برضاها وأما إن كانت بكرًا فإنه يجبرها ولا تنتظر إفاقتها (قوله ولو عانا) أي ولو طالت إقامتها عند أبيها وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج وما ذكر من جبر البكر ولو عانسًا هو المشهور خلافا لابن وهب حيث قال للأب جبر البكر ما لم تكن عانسا لأنها لما عنست صارت كالثيب .
وجاء في الشرح الكبير (ولا) يجبر السيد (أنثى بشائبةٍ) من حرية غير التبحيص ... ثم جبر بعد المالك (أبٌ) رشيد وإلا فوليه وله الجبر ولو لأعمى أو أقل حالًا أو مآلًا منها أو قبيح منظر أو بربع دينار ولو كان مهر مثلها قنطار وليس ذلك لغيره كوصي (وجبر المجنونة) المطبقة ولو ثيبًا أو ولدت الأولاد لا من تفيق فتنتظر إفاقتها أن كانت ثيبا بالغًا (وجبر البكر ولو عانسًا) بلغت ستين سنة أو أكثر .
(لا جبر) لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرًا يتيمة تحت حجره وحينئذ (فالبالغ) هي التي تزوج بإذنها فإن كانت ثيبًا أعربت عن نفسها وإن كانت بكرًا كفى صمتها إلا ما استثنى ، بخلاف غير البالغ فلا تزوج بوجه (إلا يتيمة حتى فسادُها) أي فساد حالها يغفر أوزنا أو عدم خاصة شرعي أو ضياع أو دين (وبلغت) من السنين (عشرًا) أي اتهمتها وأذنت لوليها بالقول . الشرح الكبير 221/2 ، 223 ، 224 .
(2) الشيخ أصيل البرديسي : هو القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي الإمام العالم المتفنن العارف بالحديث والسنة النبوية ، رئيس علماء الأندلس ، لقي شيوخ إفريقيا ومصر والحجاز ، حج سنة 353 ، ولقي أبا زيد المروزي ، حدث عنه وسمع : قاضي المدينة عبد الملك المالكي ، ألف كتاب الدلائل إلى أمهات المسائل شرح به الموطأ ذاكرًا فيه خلاف مالك وأبي حنيفة والشافعي ، توفي سنة 392 . شجرة النور الزكية ص [100 - 101] .
(3) الثنائي : هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن إبراهيم الثنائي ، الفقيه الفرضي العالم العامل ، وَلِيَ القضاء بالديار المصرية ، ثم تخلى عن القضاء ، وتصدر للتأليف والإقراء ، من تصانيفه : فتح الجليل في شرح مختصر خليل ، وشرح ابن الحاجب الفرعي ، توفي سنة 942 هـ . « شذرات الذهب 224/8 ، شجرة النور الزكية 272 » .
(4) قاعدة : (إنما الزواج عن تراضٍ) .

و 1113 و 1114 من هذا القانون و 357 من قانون الجنايات والحدود [1] ، والمراد : تراضي الزوجية كما يؤخذ من بند 180 [2] .

39 ** البالغ المتقدم ذكرها لا تزوج إلا بإذنها ، وكذا الذكر غير المجنون والصغير والسفيه والرقيق ؛ إذ قد يجبرون على النكاح كما هو مفصل في المذهب . فالبند يوافق المذهب في البالغة والبالغ غير من ذكر .

بند 147 – لا ينعقد زواج ثانٍ لإنسان قبل فسخ الأول . راجع بند 184 و 237 من هذا القانون و 34 من قانون الجنايات والحدود [3] .

40 ** يحل للحر والعبد تزوج أربع [4] ، ولم نقف في المذهب على كلام في شأن الواحدة ، وأما عدم انعقاد الزواج الثاني قبل فسخ الأول فلم نعلم له مناسبة في المذهب إلا مافيه أن من أراد أن يتزوج أختا على أختها أو نحو ذلك من كل محرمتي الجمع فإن الثانية لا تحل إلا ببينونة السابقة ، بخلع أو بتات أو بانقضاء عدة الرجعي أو بطلاقها قبل الدخول كما في شرح الدردير على المختصر وأقره محشيه [5] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 138/1 . (2) ساقطة من القانون الفرنساوي . (3) المرجع السابق .

(4) هذا باتفاق في الحر ، بداية المجتهد 31/2 . ودليله ؛ قول الحق – تبارك وتعالى – ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ﴾ سورة النساء آية 3 . أما العبد : فقد تعددت الروايات عن الإمام مالك رضي الله عنه ، والمشهور عنه أن للعبد أن ينكح أربعًا من النساء جامعا بينهن في وقت واحد . بداية المجتهد 31/2 .

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 255/2 .

جاء في حاشية الدسوقي (قوله وحلت الأخت) يعني أنه إذا عقد على امرأة أو تلذذ بأمته فلا يحل له التلذذ بأمها أو عمتها مثلا بنكاح أو ملك إلا إذا أبان الأولى إن كانت منكوحة أو أزال ملكها إن كانت أمة (قوله أو بانقضاء عدة الرجعي) والقول قولها في عدم انقضاء عدتها لأنها مؤتمنة على فرجها فإن ادعت احتباس الدم صدقت بيمينها لأجل النفقة لانقضاء سنة فإن ادعت بعدها تحريكًا نظرها الفساد فإن صدقتها تربص لأقصى أمد الحمل وإلا لم يلزمه تربص لأقصى أمد الحمل وهل منع الرجل من نكاح كالأخت في مدة عدة تلك المطلقة يسمى عدة أولا قولان : وعلى الأول فهي أحدى المسائل التي يعتد فيها الرجل ، ثانيا : من تحته أربع زوجات فطلق واحدة وأراد أن يتزوج واحدة فلابد من تربص حتى تخرج الأولى من العدة إن كان طلاقها رجعيًا كما يأتي والثالثة : إذا مات ربيبه وادعى أن زوجته حامل فيجب أن يتجنب زوجته حتى تستبرأ بحيضة لينظر هل زوجته حامل فيرث جملة أو غير حامل ولا يقال أنه قد يتجنبها في غير هذا كاستبراء من فاسد لأن المراد التجنب لغير مني طرأ على البضع حاشية الدسوقي 255/2 .

وجاء في الشرح الكبير (وحلت الأخت) الثانية ونحوها من كل محرمتي الجمع قول قال كالأخت لكان أشمل إذا أراد وطء الثانية بملك أو نكاح حلت له (بينونه السابقة) بخلع أو تبات أو انقضاء عدة الرجعى أو بطلاقها قبل الدخول (أو زوال ملك) عن السابقة الشرح الكبير 255/2 .

بند 148 – لا يجوز للذكر الذي لم يبلغ سن خمس وعشرين سنة كاملة أو للبنت التي لم تبلغ سن إحدى وعشرين / سنة كاملة عقد زواج بدون رضا كل من 16/ب
الأبوين ، فإذا اختلفا في الرضا وعدمه كفى رضا الأب . راجع بند 37 و 152 و 156 و 183 و 188 من هذا القانون وبند 193 و 195 من قانون الجنايات والحدود [1] .

41 ** الأب يجبر البكر الكبيرة ولو عانسًا ، والثيب الكبيرة البالغة إن ثيبت قبل البلوغ وتأيمت قبله ثم بلغت قبل النكاح فيجبرها بعد البلوغ على قول سحنون [2] كما في الدسوقي [3] عن البناني [4] . وكذا يجبر الثيب البالغة إن ثيبت بعارض كوثبة أو ضربة ، أو بحرام ؛ بزنا أو غصب ولو ولدت منه ؛ ففي جميع هذه الصور لا يصح نكاحها بغير إذن وليها . والبالغ السّفيه إذا تزوج بغير إذن وليه فنكاحه صحيح ، لكن لوليه فسخه ويتعين إن كانت المصلحة فيه . هذا ما يمكن مناسبة البند له .

بند 161 – الزواج ممنوع في عمود النسب بين الأصول والفروع علوًّا أو سفلًا سواء كان من وطء حلال أو زنا وفي عمود المصاهرة . راجع بند 192 ، ما بعده وبند 184 ، وبند 187 وبند 202 ، 203 ، 318 ، 736 وبند 737 من هذا القانون [5] .

42 ** يحرم على الشخص أصوله وهو كل من له عليه ولادة وإن علا ، وفصوله [6] ولو من زنا ؛ فمن زنى بامرأة فحملت منه ببنت فإنها تحرم عليه وعلى أصوله وفروعه ، وإن حملت منه بذكر حرم على الزاني تزوج ابنته ، كما يحرم على الذكر تزوج أصول أبيه من الزنا وفروعه . ومن شربت من لبن امرأة زنى / بها إنسان حرمت تلك البنت على 17/أ
ذلك الزاني الذي شربت من مائه ، ويحرم أيضا زوجة الأصول الذكور على الفروع الذكور ، وزوجة الفروع الذكور على الأصول ، وكذا يحرم زوج الأصول الإناث على الفروع الإناث ، وزوج الفروع الإناث على الأصول الإناث ، ويحرم أيضًا فصول أول

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 38/1 وما بعدها . (2) سبق ترجمته .

(3) حاشية الدسوقي 222/2 وما بعدها .

(4) البنّاني : هو محمد بن الحسن بن مسعود الفاسي ، أخذ عن أعلام منهم الشيخ أحمد بن مبارك ، والشيخ محمد جسوس ، له تآليف محررة مفيدة منها : حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل سماها الفتح الرباني ، وحاشية على مختصر السنوسي في المنطق ، توفي سنة 1194 .
هداية العارفين 342/2 ، شجرة النور الزكية 357 . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 41/1 .

(6) فصوله : الفصل بون ما بين الشيئين ، والفصول هنا بمعنى الفروع . انظر لسان العرب (فصل) .

أصوله ، وهم الإخوة والأخوات وذريتهم وإن سفلوا ، وأول فصل من كل أصل ما عدا الأصل الأول ؛ فإن فصوله كلها حرام وإن نزلوا ، والأول المذكور كالعمة وعمة الأب وعمة الجد وهكذا ، وكالعم وعم الأب وعم الجد وهكذا . ويحرم بمجرد العقد وإن لم يتلذذ أصول زوجته وهن أمهاتها وإن علون . ويحرم بتلذذه بالزوجة وإن بعد موتها ولو بنظر إن وجد ، ولو لم يقصد - لا إن قصد فقط - فصولها : وهن بناتها وإن سفلت .

43 ** ومن ملك أمة وتلذذ بها حال بلوغه حرم عليه أصولها وفصولها ، وحرمت هي أيضا بتلذذ السيد على أصوله وفصوله لا بمجرد ملكه لها ، وشبهة الملك بأن تلذذ بها ظانًا أنها ملكه حكمها حكم الملك ، وأما الأمة فلا يشترط فيها البلوغ ولا إطاقة الوطء ؛ فتلذذه بالصغيرة جدًّا كافٍ في التحريم . ويحرم على الشخص جمع خمس ، وجمع اثنتين لو قدرت أي واحدة منهما ذكرا والأخرى أنثى حرم وطؤه لها ، كالأختين ، والمرأة وعمتها أو خالتها / أو بنت أخيها [1] . 17/ب

بند 162 – الزواج ممنوع في عمود الحواشي بين الإخوة والأخوات من وطء حلال أو زنى ، وكذا في عمود المصاهرة [2] عند استواء الدرجة راجع بند 164 ، و 184 ، وبند 187 ، و 248 من هذا القانون [3] .

44 ** ما يناسبه من المذهب يعلم مما مر .

بند 163 – العقد ممنوع بين العم وبنت أخيه ، والعمة وابن أخيها ، والخال وبنت أخته ، والخالة وابن أختها . راجع بند 164 ، و 184 ، و 187 من هذا القانون [4] .

45 ** تقدم ما يناسبه من المذهب وجميع هذا البند في حد ذاته موافق لما مر نقله من المذهب .

---

(1) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي عليه 251/2 إلى ص 253 .
(2) عمود المصاهرة : الصهر : القرابة ، والأصهار : أهل بيت المرأة . انظر لسان العرب (صهر) (2515) .
(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 41/1 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 42/1 .

الباب الثاني

« في الرسوم المتعلقة بإشهار الزواج وعقده » [1]

بند 165 – يشهر عقد الزواج جهارًا بحضور المأمور بتسجيل الأنساب المدني المعين بموطن أحد الزوجين . راجع بند 74 وما بعده [2] .

46 ** يستحب إعلان النكاح وإشهاره بإطعام الطعام عليه لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « أفشوا النكاح واضربوا عليه بالدف » [3] .

ويستحب أيضا إشهاد عدلين عند العقد غير من له ولاية العقد ، من ولي أو وكيله . وأما الإشهاد عند البناء فواجب شرطًا [4] ، وفُسِخ النكاح إن دخلا بدونه . وأما غير العدل من مستور الحال فقيل : يكفى اثنان مستور حالهما ، وقيل : يستكثر من الشهود . هكذا في شرح / الدردير والدسوقي عليه [5] . 18/أ

بند 166 – الإعلانان المذكوران في بند 63 من كتاب سجلات الأنساب يصير

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود رقم 167 إلى 171 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 42/1 .

(3) أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إعلان النكاح رقم 1101 ، ورواه البيهقي في سننه 290/7 بلفظ « أعلنوا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » .

قال الترمذي : هذا حديث غريب في هذا الباب ، وعيسى بن ميمون الأنصارى يضعف هذا الحديث .

(4) قاعدة : الإشهاد عند البناء واجب شرعًا .

(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 216/2 جاء في حاشية الدسوقي (قوله فغير العدل إلخ) هذا عند وجود العدول ، وأما عند عدمهم فيكفي اثنان مستور حالهما ، وقيل يستكثر من الشهود ... (قوله هذا هو مصب الندب) حاصله أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوب زائدًا على الواجب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبًا عند البناء (قوله وفسخ النكاح) أي إن لم يحكم حاكم حنفي بصحته ، وقوله ويحدان إذا أقر إلخ . وإلا عزرا فقط (قوله لصحة العقد) أي لأن الإشهاد ليس شرطًا في صحة العقد عندنا بل واجب مستقل مخافة أن كل اثنين اجتمعا في خلوة على فساد يدعيان سبق عقد بلا إشهاد فيؤدي لرفع حد الزنا .

وجاء في الشرح الكبير (إشهاد عدلين) فغير العدل من مستور وفاسق عدم (غير الولي) أي غير من له ولاية العقد ولو كان وكيله فشهادته عدم (بعقده) أي عنده . هذا هو مصب الندب وأما الإشهاد عند البناء فواجب شرط (وفسخ) النكاح (إن دخلا بِلاهُ) أي بلا إشهاد بطلقة لصحة العقد بائنة ؛ لأنه فسخ جبري من الحاكم . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 216/2 .

نشرهما في مشيخة البلد التي بها توطن كل من الزوجين . راجع بند 74 ، و75 ، وبند 102 ، و 103 ، و 167 ، وبند 191 ، وبند 193 من هذا القانون [1] .

47 ** هذا أمر لا يأباه الشرع ولا يحث عليه ، وما هو إلا مبالغة في إشهار النكاح زائدة على المنصوص شرعًا .

الباب الثالث

« فيما يتعلق بطلب منع الزواج ومعارضته » [2]

بند 172 – حق طلب المنع للزواج يكون لمن له عقد زواج سابق مع أحد المتعاقدين . راجع بند 66 ، و 67 ، و 147 ، و 176 ، و 179 من هذا القانون [3] .

48 ** إذا طلب المرأة كفءٌ ورضيت به ؛ سواء طلبت التزويج به أو لا وامتنع الولي الأقرب غير المجبر من تزويجها بالكفء الذي رضيت به ، أو دعت لكفء ودعا وليها لكفء آخر فإن الحاكم يسأله عن وجه امتناعه ؛ فإن أبدى وجها ورآه صوابا ردها إليه ، وإن لم يبد وجها صحيحا أمره بتزويجها من الكفء الذي طلبها ورضيت به دون الكفء الذي دعا إليه وليها ؛ لأن ذلك أقرب لدوام العشرة ، فإن امتنع من تزويجها بعد الأمر زوَّجها الحاكم ، وقيل : ينتقل الحق للأبعد .
18/ب واستُصْوِب كل من القولين . ومحل ذلك ما لم تكن / كتابية وتدعو لمسلم ، وإلا فلا تجاب له ؛ حيث امتنع أولياؤها ؛ لأن المسلم غير كفء لها عندهم ، فلا يجبرون على تزويجها به . وأما الأب المجبر فلا يعد عاضلا لمجبورته أي مضرًّا لها برده لكفئها ردًّا متكررًا ، وذلك لما جبل عليه من الحنان والشفقة على بنته ، ولجهلها بمصالح نفسها ؛ فربما علم الأب من حالها أو حال الخاطب مالا يوافق ، فلا يعد عاضلا بما ذكر حتى يتحقق عضله وإضراره ولو بمرة ، بل ولو بدون مرة أصلًا ؛ فإن تحقق عضله أمره الحاكم بالتزويج ، ثم إذا امتنع منه بعد أمره به زوَّج الحاكم ، ولا يسأله عن وجه امتناعه ؛ إذ لا معنى للسؤال مع تحقق العضل . ومن

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 42/1 .

(2) لم يتناول المصنف البنود من 173 إلى 179 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(3) السابق 43/1 .

عُضِلَتْ لا بد من إذنها بالقول ، فليس للحاكم أن يزوجها إلا بإذنها [1] .

الباب الرابع

« فيما يتعلق بطلب فساد عقد الزواج » [2]

بند 180 – إذا انعقد الزواج بدون إذن واختيار الزوجين أو أحدهما فلا يطعن فيه إلا الزوجان أو أحدهما ممن كان العقد بدون رضاه واختياره ، وإذا وقع التراضي على زواج شخص فتبين بعد العقد أنه خلاف المتفق على العقد به وأنه حصل غش وتدليس جاز للجانب المغشوش أن يطعن في صحة العقد . راجع بند 146 وبند 173 من هذا القانون / [3] . 19/أ

49 ** إذا كانت الزوجة مجبرة فلوليها المجبر من أب أو وصي أو سيد أن يعقد عليها بدون إذنها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وليس لها رده [4] ، ثم الزوج إن افتيت عليه في هذه الحالة فلصحة العقد حينئذٍ شروط مثل الشروط الآتية في المفتات عليها . وإن كان الزوج مجبرًا بأن كان صبيًا ، أو مجنونًا ، أو عبدًا ، أو سفيهًا خيف عليه الزنى أو لم يخف عليه على القول بجبره عند عدم الخوف ، وهو أحد قولين مشهورين ؛ فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه وليس له بعد ذلك رد النكاح .

50 ** وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها وعلى الزوج معا ؛ بأن حصل التعدي عليهما فزوج الزوجة وليها غير المجبر بدون إذنها ، وزوج الزوج غيره بدون إذنه فلابد من فسخ هذا النكاح مطلقًا ، سواء وجدت الشروط الآتية في المفتات عليها أم لا ، وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها وحدها بأن تعدى عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها ثم وصل إليها الخبر فرضيت بذلك فلابد من رضاها بالقول ولا يكفي صمت البكر ، ويصح العقد حينئذٍ إن قرب رضاها ؛ بأن يصل إليها الخبر في أقل من يوم وترضى ، واليوم بعد فلا يصح رضاها بالنكاح مع تأخر وصول الخبر إليها يومًا ، وقيل / : يصح ، وأن تكون التي افتيت عليها 19/ب

---

(1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 231/2 وما بعدها .

(2) لم يتناول المصنف البنود 183 ، 185 ، 187 إلى 196 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 45/1 .

(4) قاعدة : إذا كانت الزوجة مجبرة فلوليها أن يعقد عليها بدون إذنها صغيرة كانت أو كبيرة وليس لها رده .

بالبلد ولو بَعُدَ طرفاها حال الافتيات والرضا ، فإن كانت في غيره لم يصح ولو قرب ، وانتهى إليها الخبر من وقته ، ولم يقر الولي به أي بالافتيات حال العقد ، بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته ، وأن لا ترد قبل الرضا ؛ فلا عبرة برضاها بعده .

51 ** وإذا شرط الزوج أو وكيله عند الخطبة السلامة من سواد ، وقرع ، وعمى ، وعور ، وعرج ، وشلل ، وقطع ، وكثرة أكل ، ونتن فم ، وحب افرنج من كل ما يعد عيبًا عرفًا ، سواء عين ما شرطه أو قال من كل عيب ، أو من العيوب ؛ فله الخيار في الرد والإمساك ، ولو كان شرط السلامة بوصف الولي أو وصف غيره بحضرته ، وسكت بأنها بيضاء أو صحيحة العينين أو سليمة من القرع ونحو ذلك ، وسواء سأل الزوج عنها أو وصف الواصف ابتداء ، وكذا إن تزوجها على شرط أنها عذراء فتوجد ثيبًا فله الخيار ، وكذا إن شرط أنها بكر وجرى العرف بمساواة البكر للعذراء كما هو بمصر ، فإن لم يجر العرف بالمساواة فقولان .

52 ** وكذا إن تزوج الحر الأمة يظنها حرة ، فتخلف ظنه فله ردها ، أو تزوجت الحرة ولو دنية العبد تظنه حرًا فلها الرد ، وكذا إن تزوجت الأمة الرقيق وقال : أنا حر ،
20/أ والنصرانية المسلم وقالت : أنا / مسلمة ، أو قال لها : أنا على دينك فالخيار فيما ذكر كله . ولا يكون الزوج بذلك مرتدًا أو للعربية وهي التي لم يتقدم عليها رق لأحد ؛ فيشمل الفارسية لا من تتكلم بالعربية فقط رد الزوج العتيق المنتسب لفخذ من العرب إن تزوجته لانتسابه إليهم فوجدته عتيقا لهم ؛ إذ بانتسابه كان مشترطًا ذلك فثبت لها رده ، فلا ينافي ما مر من أن العتيق وغير الشريف والأقل جاها كفء ؛ إذ ليس فيه شرط بخلاف ما هنا ، وكذا القرشية وغيرها مع الشرط ، تتزوجه على أنه قرشي فتجده عربيًا غير قرشي فلها الرد ؛ لأن قريشًا بالنسبة لغيرهم من العرب كالعرب بالنسبة للموالي .

53 ** ولو ظن أنها شابة فوجدها عجوزا لا رد إلا أن تكون فانية ؛ فيكون كالشرط فترد به ، ثم لا رد بهذه العيوب متى وجد ما يدل على الرضا كما مر مفصلا في عيوب الخيار .

54 ** وإذا تنازع الزوج مع الأولياء ، فقال الزوج : عقدي على غير هذه ، وقال الأولياء : بل هذه ؛ فيفسخ ويلزم نصف الصداق ، نقله بعضهم عن البوسي [1] .

---

(1) البوسي : هو أبو محمد الحسن بن عبد الأعلى بن إبراهيم بن عبد الله الأبناوي اليمني الصنعاني البوسي صاحب عبد الرزاق ، سمع منهم نحو خمسين حديثًا ، قال أبو الحسن بن سلمة القطان عنه : ولد سنة 194 هـ =

وينبغي أن يلزمه إذا دخل الصداق كاملًا ، فإذا ثبت أنها غيرها بالبينة لزمه الصداق ورجع به على من غره اهـ . من شرح الدردير وحاشيته [1] ، والشيخ أصيل على المختصر . فتحصل أن هذا البند مناسب / للمذهب في توقف النكاح على إذن 20/ب الزوج المفتات عليه وحده ، والزوجة المفتات عليها وحدها ، متى كانا كبيرين غير مجبرين بشروط تقدمت ، ويناسب المذهب أيضًا في الغش والتدليس المذكورين ؛ من حيث إن للزوج أو الزوجة القيام بالرد كما مر تفصيله .

بند 181 – وفي صورة البند المتقدم لا تسمع دعوى فساد عقد الزواج إذا كان الزوجان تعاشرا معاشرة الأزواج مدة ستة أشهر متوالية من وقت اكتساب [2] سن الرشد لمدعي الإجبار ، ومن حين علم التدليس لمدعي التدليس . راجع بند 185 ، و 191 و 196 من هذا القانون [3] .

55 ** يعلم مما مر أن الزوجة والزوج المجبران لا احتياج لاستئذانهما مع وجود وليهما المجبر [4] ، وأن الزوج والزوجة غير المجبرين إن افتيت عليهما معا فلابد من فسخ النكاح في ذاته ، وإن افتيت عليه وحده أو عليها وحدها صح النكاح ؛ إن أذن المفتات عليه منهما بشروط تقدمت . وإن شرط السلامة من سواد وعمى وغيرهما من كل ما يعد عيبًا عرفًا يسوغ الخيار في الرد والإمساك [5] ، وكذا إن شرط أنها عذراء فوجدها ثيبًا وما بعده من المسائل يوجب الخيار إن لم يوجد ما يدل على الرضا في جميع ما ذكر من غير تحديد بزمن ؛ وحينئذٍ فليس لهذا البند موافقة لقواعد المذهب إلا في أصل الرد / ، وأما دعوى التبديل فقد مر حكمها . 21/أ

= وسمع عن عبد الرزاق سنة 220 قلت : روى عنه أبو عوانة في صحيحه وأبو الحسن بن سلمة وغيرهم قال أبو القاسم : توفي سنة 286 هـ . سير أعلام النبلاء 662/10 ، الأنساب للمذهب 418/1 .

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جاء في حاشية الدسوقي (قوله فللزوج الرد) أي ورجع بالصداق على الأب وعلى غيره أن تولى بعقد كما يأتي (قوله سواء وقع) أي الرد بلفظ الطلاق أو غيره هذا ظاهر في ردها له بعيبه وأما في ردها له بعيبها فمحل كونه لا صداق لها إن ردها بغير طلاق لا إن ردها به فعليه نصف الصداق وكلام المصنف شامل لما إذا كان الرد بعيب يوجب الرد بغير شرط أو بعيب لا يوجبه إلا بشرط وحصل ذلك الشرط . حاشية الدسوقي 228/2 ، 285 .

(2) ساقطة من المخطوط .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 45/1 .

(4) قاعدة : الزوجة والزوج المجبران لا احتياج لاستئذانهما مع وجود وليهما المجبر .

(5) قاعدة : شرط السلامة من كل ما يعد عيبا عرفًا يسوغ الخيار في الرد والإمساك .

بند 182 – مبني على بند 148 وقد تقدم ما يناسبه وكذلك بند 183 من أوله إلى قوله : ولم يطاعنوا في ذلك ، وقوله : وكذلك لا يجوز إلخ ، تقدم في بند 181 وتقدم الكلام في شأنه [1] .

بند 184 – كل عقد زواج مخالف [2] لمنطوق بند 144 ، وبند 147 ، وبند 161 ، وبند 162 ، وبند 163 يجوز الطعن فيه ولو من نفس الزوجين ، ولكل من له مصلحة في المطاعنة أو من وكيل الملك . راجع بند 187 ، وبند 190 ، وبند 201 وما بعده ، وبند 348 من هذا القانون ، وبند 354 ، و 355 من قانون الجنايات والحدود [3] .

56 ** أما المخالف لمنطوق بند 144 فيؤخذ حكمه مما مر في شأن البند المذكور ، وأما المخالف لمنطوق بند 147 فما وافق منه نص القرآن من جواز الجمع بين أربع لا يعدل عنه [4] ، وما خالف منه المسائل السابقة في الكلام على شأن البند المذكور فهو باطل واجب الفسخ ، والقيام بفسخه من تغيير المنكر فهو واجب كفائي على من علم ذلك ، وأما المخالف لمنطوق بند 161 فما كان مخالفا لحكم الزواج في عمود النسب فهو زنى يجري فيه أحكام الزنا ، ويجب وجوبًا كفائيا على من علم
21/ب ذلك القيام بالتفرقة فيه ؛ لأن هذا من تغيير المنكر . وأما عمود المصاهرة فمخالف / ما مر تحريمه منه كمخالف المحرم في عمود النسب ، وأما المخالف لمنطوق بند 162 فحكمه يعلم مما مر في مخالف بند 161 ، وأما المخالف لمنطوق بند 163 فحكمه كالمخالف لحكم عمود النسب ، ولما تقدم من حكم الزواج من الأصهار .

بند 186 – لا تسمع دعوى الأب والأم وأصولهما وبقية العائلة إذا أذنوا بعقد الزواج في صورة البند المتقدم ، ولا تقبل منهم مطاعنة [5] [من يعتبر إذنه ممن تقدم ؛ فليس له بعد الإذن كلام ، وغير من تقدم ذكره لا يعتبر له إذن كما يعلم مما مر] [6] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 45/1 .

(2) في المخطوط (يخالف) والأصح ما أثبتناه من تعريب القانون الفرنساوي المدني .

(3) السابق 46/1 .

(4) يريد قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ﴾ . سورة النساء – آية رقم 3 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 46/1 .

(6) زائدة في المخطوط وساقطة من تعريب القانون الفرنساوي المدني .

بند 197 – ولكن في صورة بند 194 ، وبند 195 إذا وجد أولاد من شخصين عاشا جهارًا عيشة معاشرة الأزواج وماتا فلا يجوز الطعن في صحة نسب أولادهما المخلفين منهما بمجرد الارتكان على عدم إبراز سند العقد ، ما دامت صحة النسب ثابتة بحيازة وصف الزوجية ، ولم يناقض ذلك سند ولادة هؤلاء الأولاد . راجع بند 319 إلى بند 322 من هذا القانون [1] .

57 ** إذا كان الرجل والمرأة بلديين أو أحدهما بلديا والآخر طارئا ، وأقرا في الصحة أو المرض بأنهما زوجان متناكحان من غير أن يثبت بينهما نكاح ببينة فلا تثبت الزوجية بينهما بمجرد هذا الإقرار إذا لم يطل زمنه قطعا [2] كما في عبد الباقي [3] ، وإن ترتب عليها الميراث على أحد القولين / . والتفصيل في المذهب ؛ فإن طال فقد توقف في عدم 22/أ
ثبوت الزوجية بينهما ، وإذا لم تثبت : فإن حدث بينهما ولد وأقر الرجل بأنه ولده فهو استلحاق في العرف ، وهو يرث قطعا وجد له ولد آخر ثابت النسب أم لا ، وليس له ولا لغيره في حال من الأحوال بعد الإقرار كلام ولا طعن في نسب من استلحقه . وإن كانا طارئين على بلد وأقرا بالزوجية ثم مات أحدهما فإنهما يتوارثان بلا خلاف [4] ؛ لثبوت الزوجية بينهما بإقرارهما ، وما حدث بينهما فولد لهما لا يسع أباه نفيه متى وطئ أو تأخر بلا عذر بعد علم حمله أو وضعه اليوم واليومين ، ثم إذا لحق الولد به لا كلام له ولا لغيره كذلك ، وذلك لأن الشارع متشوف للحوق النسب والولد لاحق بالفراش الصحيح [5] لقوة الفراش في النكاح لخبر « الولد للفراش » [6] اهـ من الدردير وحاشيته ،

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 48/1 .

(2) قاعدة : إذا كان الرجل والمرأة بلديين أو أحدهما بلديًا والآخر طارئًا وأقرا في الصحة أو المرض بأنهما زوجان متناكحان من غير أن يثبت بينهما نكاح ببينة فلا تثبت الزوجية بينهما بمجرد هذا الإقرار إذا لم يطل زمنه قطعًا .

(3) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني الوفائي ، الإمام الفقيه ، أخذ عن : الأجهوري ، واللقاني ، والبابلي وغيره . له مؤلفات جليلة ، منها : شرح على مختصر خليل ، توفي سنة 1099هـ ، عجائب الآثار للجبرتي 66/2 ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص 304 .

(4) قاعدة : إن كان الزوجان طارئين على بلد وأقرا بالزوجية ثم مات أحدهما فإنهما يتوارثان بلا خلاف .

(5) قاعدة : الولد لاحق بالفراش الصحيح .

(6) متفق عليه ، وتكملته « الولد للفراش وللعاهر الحجر » فتح الباري - شرح صحيح البخاري كتاب البيوع - باب تفسير المشبهات رقم 2053 ، صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب الرضاع 36/10-37 رقم 36/1457 .

والشيخ عبد الباقي من بابي تنازع الزوجة والاستلحاق [1] .

58 ** فليس عدم الطعن في نسب الولد مقيدا بما ذكر في البند ، بل متى استلحق الرجل ولدا ، أو طئ زوجته بعد علمه بوضعها أو حملها ، أو أخر لعانه بلا عذر بعد علمه بالوضع أو الحمل اليوم واليومين فليس له نفي الحمل أو الولد بعد ذلك ، ولا لغيره بحال من الأحوال ؛ فتحصل أن ما في المذهب أشد مما في البند من حيث عدم الطعن / . 22/ب

بند 198 – إذا نتج من إقامة دعوى في محاكم الجنايات صحة عقد زواج ، وأنه مستوف لشروط الصحة وجب تقييد صورة هذا الحكم في سجل الأنساب ، ويعطى لهذا الزوج من يوم عقده جميع الأحكام والحقوق المدنية بالنسبة للزوجين ، وللذرية المولودين من هذا الزواج . راجع بند 40 ، وبند 226 وما بعده من هذا القانون [2] .

59 ** تقييد صورة هذا الحكم في السجل بعد الاستيفاء الشرعي مطلوب شرعًا ، فقد قالوا : يجب على القاضي على ما في بعض الكتب ، ويندب على ما في بعض آخر أن يرتب كاتبا عنده لوقائع الناس التي يريد الحكم فيها عدلًا مرضيًّا [3] ، ذكره عبد الباقي على المختصر ، وفي القول المرتضى في أحكام القضا ما نصه :

---

(1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 331/2 وما بعدها .
جاء في الشرح الكبير : (وفي التوريث بإقرار الزوجين) معًا بأنهما زوجان ثم مات أحدهما خلاف وهذا في الزوجين (غير الطارئين) بأن كان بلديين أو أحدهما وأما الطارئان فإنهما يتوارثان بإقرارهما بالزوجية من غير خلاف . (خلافٌ) وخصه المختار بما إذا لم يطل الإقرار ، وأما الإقرار بالولد فهو استلحاق في العرف وهو يرث قطعًا مطلقًا وأما الزوج فهو ما قبله ولو عرف نسبه لورث قطعًا ولو كذب المقر به المقر لم يرث قطعًا ولو صدقه لكان إقرارًا من الجانبين فيرث كل منهما الآخر . ولو كان هناك وارث ثابت النسب لم يرث المقر به من المقر شيئًا في هذه ويرث أحد الزوجين من الآخر قطعًا في التي قبلها فقوله وليس ثم إلخ راجع لهما ولكن الحكم مختلف كما علمت (بخلاف) الزوجين (الطارئين) على بلد إذا أقرا بالزوجية ثم مات أحدهما فإنهما يتوارثان بلا خلاف فهذا مفهوم قوله غير الطارئين (و) بخلاف (إقرار أبويْ) الزوجين (غير البالغين) بنكاحهما بعد موتهما أو موت أحدهما فيثبت به الإرث ويستلزم ذلك ثبوت الزوجية بينهما كما لو كانا حيين . الشرح الكبير 331/2 ، 332 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 48/1 .

(3) قال العبدري – من علماء المالكية – : « ورتب القاضي كاتبا عدلا شرطا » . التاج والإكليل على مختصر خليل 115/6 . وعلق الحطاب على ذلك فقال : « اعلم أنت ترتيب الكاتب والمزكي والمترجم على جهة الأولوية ، هذا ظاهر عباراتهم » . مواهب الجليل 115/6 .

قال في الجواهر [1] : « وما حكم به فليكتب به محضرًا ، يشرح فيه الدعوى والإنكار وأسماء البنية وأسماء المتداعيين وأنساب الجميع ، وما يعرفون به ، وما حكم به بينهما ، ويحفظه في خريطة أو جراب أو غيره ويختم عليه حتى لا ينسى ، ويكتب عليه خصومة فلان وفلان في شهر كذا من سنة كذا ، ويجعل خصومة كل شهر على حدة ، وقال ابن المناصف [2] في كتابه (تنبيه الحكام) : المحكوم له إذا سأل القاضي أن يسجل له بما ثبت عنده لزم الحاكم [3] أن يسجل له بذلك [4] ، ويذكر الوجه الذي ثبت / به الحق ، وأن ذلك بسبب قيام البينة بكذا أو بسبب نكول ، أو لأجل يمين ، أو 23/أ بسبب سقوط بينة جرحت ؛ لأنه يخشى أن يقوم عليه بعد ذلك بتلك البينة .

60 ** بند 199 غير موافق لقواعد المذهب لقول صاحب المختصر : « ولو طلقها أو مات ثم اطلع على موجب خيار [5] فكالعدم [6] ، غير أنه ينظر التنازع في التبديل المنقول فرعه فيما سبق عن الشيخ أصيل : هل للورثة بعد موت الزوج تنازع في شأنه ؟ ، فللمسألة حينئذٍ نوع مناسبة بالبند .

بند 201 – الزواج الذي حكم عليه بالفساد إذا ثبت أنه انعقد بدون تدليس من الزوجين ترتبت عليه أحكام الزوجية في حق الزوجين وفي حق الذرية . راجع بند 144 ، وبند 147 ، وبند 161 وما بعده من هذا القانون [7] .

(1) يريد به كتاب الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس .

وابن شاس : هو عبد الله بن نجم الدين محمد بن شاس بن نزار بن عشائر الجذامي السعدي المصري ، المعروف بابن شاس ، فقيه فاضل ، كتابه الجواهر دال على غزارة علم وفضل وفهم ، توفي غازيا بثغر دمياط في سنة 610 هـ .

وفيات الأعيان 323/1 ، البداية والنهاية لابن كثير 86/13 ، الديباج المذهب ص 141 ، شجرة النور الزكية 165 .

(2) ابن المناصف : هو أبو عبد الله محمد بن عيسى بن محمد الأزدي المعروف بابن المناصف ، من أهل قرطبة انتقل والده إلى إفريقية وبها ولد المترجم له ، تفقه بأبي الحجاج الخزرجي قاضي تونس وسمع بتلمسان من أبي عبد الله التجيبي ، وله رواية عن أبيه عن جده . « تكملة الصلة لابن الأبار ص 325 ، كشف الظنون 740/1 ، شجرة النور الزكية ص 177 .

(3) يقصد بلفظ الحاكم هنا أي القاضي وليس رئيس الدولة .

(4) قاعدة : المحكوم له إذا سأل القاضي أن يسجل له بما ثبت عنده لزم الحاكم أن يسجل له بذلك .

(5) قاعدة : لو طلق الزوج زوجته أو مات ثم اطلع على موجب خيار فكالعدم .

(6) راجع مختصر خليل المطبوع مع الشرح الكبير 290/2 . (7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 49/1 .

61 ** العقد الفاسد المختلف في فساده كالصحيح في التحريم بالعقد تارة والوطء أخرى [1] ؛ فيحرم المنكوحة على أصوله وفصوله ويحرم عليه أصولها ؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات [2] ، ولا يحرم عليه فصولها ؛ لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات [3] ، فلا يحرم فصولها إلا الوطء أو مقدماته ، وفيه الإرث بين الزوجين إذا
23/ب مات أحدهما قبل الفسخ ، دخل بها أو لم يدخل ، والولد فيه لاحق فيرث من أبويه ، / وكل من الإرث واللحوق من أحكام الزوجية إلا نكاح المريض فلا إرث فيه وإن كان مختلفا في فساده ، ومثله نكاح الخيار لأحدهما أو للغير ؛ فإنه لا ميراث فيه إذا حصل الموت قبل الدخول وقبل الفسخ ، وأما لو حصل دخول فقد لزم ، والنكاح المتفق على فساده غير منعقد ؛ فليس فسخه طلاقا ، ولا إرث فيه إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، كخامسة ، وأم زوجته ، وعمتها ، وخالتها ، والولد الناشيء منه ولد الزنى إلا إذا درأ الوطء فيه الحد ، كوطء خامسة جهل حكمها ، فإن الولد حينئذٍ يكون لاحقًا به ؛ لأنه من وطء شبهة ، كما يفيده عبد الباقي في باب الشركة : فيمن وطئ جارية للشركة ، وكذا في بابي الزنا وأم الولد ا هـ . من الدردير وحاشيته [4] ، والخرشي [5] ،

---

(1) قاعدة : العقد الفاسد المختلف في فساده كالصحيح في التحريم بالعقد تارة والوطء أخرى .

(2) قاعدة : العقد على البنات يحرم الأمهات . (3) قاعدة : العقد على الأمهات لا يحرم البنات .

(4) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 314/4 - 315 .

جاء في حاشية الدسوقي (قوله بخلاف لو وطئها بملك وهي لا تعتق عليه) أي كأم زوجته التي هي عمته أو خالته أو أجنبية منه (قوله أو إتيان خامسة) أي أو وطء خامسة بنكاح (قوله ولا التفات إلخ) يعني أن القول بحل الخامسة بعقد ضعيف جدًا لا أثر له فلا يجعل شبهة تدرأ الحد .

وجاء في الشرح الكبير : أو إتيان (مملوكة) له بشراء مثلا (تُعتق) عليه بنفس الملك كبنت وأخت فيحد إن علم بالتحريم وشمل قوله تعتق ما إذا اشتراها على أنها حرة بنفس الشراء (أو) إتيان من (يعلم حريتها) وحرمتها عليه فيحد وسواء علم بحريتها بعد أن اشتراها أو حال اشترائها ... أو إتيان (محرمة بصهر مؤبد) بنكاح كمن تزوج امرأة بعد العقد على بنتها أو كانت زوجة لأبيه أو ابنه فيحد بخلاف لو وطئها بملك وهي لا تعتق عليه فلا يحد كما يأتي (أو) إتيان (خامسة) علم بتحريمها حاشية الدسوقي والشرح الكبير 314/4 ، 315 .

(5) الخرشي : هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي في مصر حال حياته ، ولد ببلدة أبي خراش التابعة لمركز شبراخيت بمحافظة البحيرة سنة 1010 هـ ، وولي مشيخة الأزهر ، من مؤلفاته : شرح على مختصر خليل في الفقه ، الدرر السَّنية لحل ألفاظ الأجرومية ، توفي بالقاهرة في 27 من ذي الحجة سنة 1101 هـ . « هدية العارفين 302/2 ، شجرة النور الزكية ص 317 ، الأعلام 118/7 » .

جاء في الخرشي (ص) والتحريم بعقده ووطئه (س) يعني أن النكاح المختلف فيه يقع به التحريم تارة بعقده =

وعبد الباقي ، فتحصل أن البند مناسب لهذا الحكم الشرعي في ترتب بعض أحكام الزوجية على بعض العقود الفاسدة الخالية من التدليس .

الباب الخامس

« في الواجبات المترتبة على الزواج » [1]

بند 203 – يستلزم عقد الزواج أن الزوجين قد أوجبا على أنفسهما إيجابا ضمنيا أنهما يقومان بالمؤنة والحفظ والتربية والقيام بشئون ما يرزقانه من الذرية . راجع بند 208 ، و 211 ، وبند 384 ، وبند 389 ، وبند 852 ، وبند 1409 ، وبند 1444 ، وبند 1558 من هذا القانون / [2] . 24/أ

62 ** يجب على الأب الحر نفقة ابنه الحر المعدم حتى يبلغ عاقلا قادرًا على الكسب بما يليق به ، ويجب عليه أيضا نفقة ابنته الحرة المعدمة إلى أن تلزم الزوج نفقتها بالدخول أو الدعاء له إن كان الدعاء ممن يوطيء مثلها والزوج بالغ ، وأما نفقة أولاد الرقيق فعلى سيد أمهم إن كانت رقيقة ، وإن كانت حرة فعلى بيت المال ؛ إن أمكن الوصول إليه والأخذ منه ، وإلا فعلى جماعة المسلمين .

63 ** ويجب على الأم غير الشريفة المتزوجة بأبي الرضيع أو الرجعية رضاع ولدها بنفسها من ذي العصمة أو المطلق بلا أجر تأخذه من الأب ، وأما التي من أشراف الناس الذين ليس شأنهم الإرضاع وهم أهل العلم والصلاح وذووا النسب فلا يلزمها رضاعة ، سواء كانت في العصمة أو مطلقة رجعية ، ومثل الشريفة البائن والمريضة ومن قل لبنها . ومحل عدم وجوب الرضاع إذا قبل الولد غير الشريفة

= كما إذا تزوج امرأة وهو محرم مثلا ففسخ نكاحه قبل الدخول بها فإنه يحرم عليه نكاح أمها وتارة بوطئه دون عقده كما إذا تزوج امرأة وهو محرم مثلا ففسخ نكاحه بعد الدخول بها فإنه يحرم عليه نكاح ابنتها ولو فسخ قبل الدخول لم تحرم عليه (ص) وفيه الإرث (س) أي وفي النكاح المختلف فيه الإرث إذا مات أحد الزوجين قبل الفسخ سواء دخل الزوج أو لم يدخل وهذا في غير نكاح الخيار أما هو فلا إرث فيه كما (ص) لا اتفق على فساده فلا خلاف (س) أي فليس الفسخ طلاقًا ولو قال الحاكم أو الزوج أو الولي فسخته بطلاق كما أن فسخ المختلف فيه بطلاق ولو قال من ذكر فسخته بلا طلاق (ص) ولا إرث كخامسه الخرشي 197/3 .

(1) لم يتناول المصنف البند رقم 206 ، 211 ، من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 49/1 .

والبائن ، أما إذا لم يقبل الولد غيرهما فيلزمهما الإرضاع . كذا في شرح المجموع والدردير والدسوقي . وتفصيل المقام وتمامه هناك [1] .

64 ** وأما الحضانة وهي حفظ الولد والقيام بمصالحه فمن حيث الاستحقاق هي حق الأم إذا طلقت أو مات زوجها ، فإن كان حيا وهي في عصمته فهي حقهما
24/ب ثم أمها ، ثم من بعدهما على ترتيب في المذهب [2] ، وأما من حيث / الوجوب ، ففي الحطاب عن ابن رشد [3] ما نصه : الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار ؛ لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه ، فهو فرض كفاية

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 524/2 ، 525 ، 526 .
جاء في حاشية الدسوقي (قوله شرطا اليسار في الحال) أي لأنها مواساة (قوله فمنوطة بالرقية) حاله أن الكتابة لما كانت متعلقة بالرقبة والنفقة ليست متعلقة بها بل باليسار لم يكن تلازم فلم يكن العجز عن النفقة عجزًا عن الكتابة (قوله رضاع ولدها) أي بنفسها واستأجرت إن لم يكن لها لبن (قوله بأن كانت من أشراف الناس) أي أهل العلم والصلاح أو ذوي النسب والغرض أنها في العصمة أو مطلقة طلاقًا راجعيًا (قوله ومن قل لبنها) أي وإن كان كل منهما ومن المريضة غير عالية القدر (قوله لا يلزمها إلا رضاع) أي حيث كان الولد يقبل غيرها فلو أرضعت كان لها الأجرة في مال الصبي فإن أعدم ففي مال الأرب لعدم وجوب الإرضاع عليها (قوله إلا أن لا يقبل الولد غيرها) أي غير أمه الشريفة القدر والبائن فهو مستثنى من المشبه والمشبه به على خلاف الأغلب من رجوع الاستثناء أو القيد لما بعد الكاف (قوله شريفة أي والحال أنها في العصمة أو رجعية) (قوله ويجب لها في هذه الحالة الزجرة) أي في مال الولد فإن لم يكن ففي مال الأب إن كان مليا .
وجاء في الشرح الكبير (وليست عجزه) أرى المكاتب الشامل للأب وللمكاتبة (عنها) أي غن النفقة على نفسها أو ولده (عجزًا عن الكتابة) لأن النفقة شرطها اليسار في الحال وأما الكتابة فمنوطة بالرقبة إلى أجلها فلا تلازم بينهما ولما لم يكن على الأم نفقة أولادها على المعروف إلا المكاتبة ذكر ما هو كالمستثنى من ذلك فقال (وعلى الأم المتزوجة) بأبي الرضيع (أو الرجعية رضاع ولدها) من ذي العصمة أو المطلق (بلا أجر) تأخذه من الأرب (إلا لعلو قدير) بأن كانت من أشراف الناس الذين شأنهم لا يرضعون أولادهم فلا يلزمها رضاعه فلو أرضعت لكان لها الأجرة في مال الصبي فإن لم يكن له مال فعلى الأب لعدم وجوبه عليها ومثل الشريفة المريضة ومن قل لبنها (كالبائن) لا يلزمها الإرضاع (إلا أن لا يقبل) الولد (غيرها) شريفة أو بائنًا فيلزمها مليا كان الأب أو معدمًا ويجب لها في هذه الحالة الأجرة إن أرضعت (أو) يقبل غيرها و (يعدم الأب أو يموت ولا مال الصبي) فيلزمها رضاعه . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 525/2 ، 526 .
(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 526/2 وما بعدها .
(3) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، الإمام العالم المحقق ، ألف البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل ، والمقدمات لأوائل ما في المدونة ، وغيرهما توفي سنة 520 هـ (تذكرة الحفاظ 65/4 ، شذرات الذهب 62/4 ، الديباج المذهب 278 ، شجرة النور الزكية ص 129) .

إن قام به قائم سقط عن الباقي لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال له ، أو كان لا يقبل غيرها ا هـ [1] . فعلم أن البند موافق لما ذكر من حيث كون ما أفاد أنه يستلزمه عقد النكاح لم يخرج عن الزوجين لكن المذهب على حسب ما فصلنا .

بند 204 – ليس للولد مرافعة مع أبويه لتطلب زواج أو صنعة أو غير ذلك . راجع بند 852 مدني [2] .

65 ** الولد شامل للذكر والأنثى ، وقد تقدم في الكلام على بند 172 أن الأب متى تحقق عضله وإضراره ولو بمرة بل ولو بدون مرة أصلا يأمره الحاكم بالتزويج ، ثم إذا امتنع منه بعد أمره به زوج الحاكم ولا يسأله عن وجه امتناعه ، متى تحقق العضل ؛ فهذا يفيد أنها ترفع أمرها للحاكم لطلب الزواج ، وأما الولد الذكر الذي لا مال له عند أبيه فلم نقف في المذهب على ما يخالف في شأنه هذا البند ، بل في الحطاب من النفقات قول مالك أنه ليس على الأب أن ينفق على زوجة ولده / [3] . 25/أ

بند 205 – يجب على الأبناء النفقة على الآباء والأمهات والأصول إذا كانوا فقراء . راجع بند 207 ، و 208 ، و 349 ، و 384 ، و 385 من هذا القانون [4] .

66 ** يجب على الولد الحر الموسر صغيرًا أو كبيرًا ، ذكرًا أو أنثى نفقة الوالدين المعسرين العاجزين عن الكسب مما فضل عنه وعن زوجاته وعن خادمه المحتاج إليهما ، ولا يجب عليه نفقة جده وجدته ، سواء كانا من جهة أبيه أو أمه [5] . فعلم أن البند إنما يوافق المذهب في وجوب نفقة الآباء والأمهات على الابن .

بند 207 – من وجبت عليه النفقة لمن ذكر فيما سبق وجبت له النفقة عليه [6] .

---

(1) منقول بنصه عن ابن رشد والمتيطي في مواهب الجليل للحطاب 214/4 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 49/1 .

(3) عبارة الحطاب نصها : « فرع : وأما الولد : فقال اللخمي : وقول مالك : ليس على الأب أن ينفق على زوجة ولده ، والقياس : أن ذلك عليه ؛ قياسا على زوجة الأب أن على الابن أن ينفق عليها ؛ ولأن الابن أحوج إلى الزوجة منه . ا هـ . ونقله ابن عرفة عنه وقال بعده : قلت يرد بأن نفقة الابن تسقط ببلوغه ، وأن فرض كونه بلغ زَمِنا فالزمانة مظنة عدم الحاجة للزوجة ا هـ . والله أعلم » . مواهب الجليل للحطاب 210/4 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 50/1 .

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 522/2 وما بعدها .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 50/1 .

67 ** أما بند 205 فقد ذكر فيه وجوب النفقة من الأبناء على الأمهات وعلى الأصول ، وأفاد هنا أنه يجب النفقة من الآباء ومن الأمهات على الأبناء ، ونفقة الأصول على أبناء الأبناء ، فأما الأمهات فلا تجب عليهن نفقة ولد فقير غير رضاع على المعروف وغير مكاتبة ، كذا في عبد الباقي مع تفصيل ، وأما الجد فلا تجب عليه نفقة لولد ابنه ، كما لا يجب على ولد الابن نفقة للجد ، وأما بند 206 فعبارته مجملة ، وعلى كل احتمال هو غير موافق للمذهب ؛
وحينئذٍ فليس البند موافقا للمذهب إلا فيما أفاده من وجوب / النفقة من الآباء على الأبناء . 25/ب

بند 208 – لا تقدر المؤنة إلا بحسب كفاية طالبها وميسرة من وجبت عليه [1] .

68 ** أما تقدير المؤنة بحسب كفاية طالبها ممن ذكرنا وجوبها له شرعًا فهو الذي تصرح به نصوص المذهب [2] ، كالعدوي على الخرشي وغيره ، وأما كونها بحسب ميسرة من وجبت عليه بحيث يزاد عن الكفاية لأجل الميسرة فلن نقف على ذلك في شأن من ذكر ، بل إنما اقتصروا في شأنهم على الكفاية ، بحيث يقوم من وجبت عليه النفقة بجميع ما يحتاجه من وجبت له [3] ، وحينئذ فالبند بحسب ما وقفنا عليه إنما يوافق المذهب في صدره بالنسبة لمن تقدم ذكره ممن يجب لهم شرعًا .

<u>**بند 209** –</u> لو أعسر من تجب عليه النفقة بحيث لا يستطيع الإنفاق وأيسر من تجب له النفقة بحيث يستغني عن جميع ما قدر له أو عن بعضه جاز للمنفق أن يطلب إسقاط النفقة منه أو تخفيفها وتقليلها ، راجع بند 210 مدني [4] .

69 ** إذا أعسر الأب بحيث لم يكن عنده ما يزيد على مابه أداء حق الزوجية فلا
مطالبة عليه ، وإن أعسر الابن بما يزيد عنه وعن زوجاته ولو أربعًا وخادمه / ودابته 26/أ
المحتاج إليهما فليس عليه نفقة للوالدين . وإن أيسر الأب ببعض نفقة الابن لم

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 50/1 .

(2) الشرح الكبير للدردير 522/2 وفيها : « وإنما تجب – أي النفقة – على الولد الحر (الموسر) صغيرًا أو كبيرًا ، ذكرًا أو أنثى ، مسلمًا أو كافرًا ، صحيحًا أو مريضًا (نفقة الوالدين) الحرين ولو كافرين والولد مسلم ، أو بالعكس (المعسرين) بنفقتهما كلا أو بعضًا ؛ فيجب عليه تمام الكفاية حيث عجز عن الكسب » وإلا لم تجب على الولد وأجبرا على الكسب على المتعمد كما أن الولد إنما تجب نفقته على أبيه عند عجزه عن التكسب ولا يجب على الولد المعسر أن يتكسب بصنعة أو غيرها لينفق على أبويه ولو كان له صنعة وكذا عكسه .

(3) قاعدة : يقوم من وجبت عليه النفقة بجميع ما يحتاجه من وجبت له .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 50/1 .

يجب عليه إلا ما أيسر به ، وهما في الباقي من فقراء المسلمين ، وإن أيسر من تجب له النفقة من الولد والوالدين بجميع النفقة سقطت عمن كانت تجب عليه ، وإن أيسر ببعضها فعلى من تجب عليه نفقة التكميل ، الكل مأخوذ من الدسوقي والحطاب [1] . وحينئذٍ فالبند موافق للمذهب إلا أن سقوط النفقة في المذهب عمن ذكر لا يتوقف على طلب الإسقاط كمفاد طلب البند .

بند 210 – إذا فرض لإنسان مؤنة معلومة على آخر ملزوم بمؤنته فادعى من وجب عليه ذلك عدم القدرة بالإنفاق عليه خارجًا ؛ فإذا ثبت مدعاه في المحكمة ألزمه الحاكم بأن يسكن المنفق عليه في بيته ويقوم بمؤنته . راجع بند 141 من قانون المحاكمات [2] .

70 ** فرض الحاكم للأبوين أو للولد مؤنة معلومة في المستقبل على المطلوب بالنفقة صحيح نافذ [3] كما يعلم من الدسوقي عند قول المصنف : إلا لقضية [4] ، فإذا ادعى من وجب عليه ما فرض عسره ببعضه وأثبت ذلك لصحة الإثبات منه أبًا أو ولدًا كما يفيده عبد الباقي لم يجب عليه إلا ما أيسر به ، والمنفق عليه في الباقي من فقراء المسلمين كما يستفاد مما مر . فالبند مما يوافق المذهب في صحة / الفرض 26/ب
وإثبات أصل عدم القدرة .

---

(1) حاشية الدسوقي 522/2 إلى 524 ، مواهب الجليل للحطاب 209/4 إلى 212 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 50/1 .

(3) قاعدة : فرض الحاكم للأبوين أو للولد مؤنة معلومة في المستقبل على المطلوب بالنفقة صحيح نافذ .

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 524/2 .

جاء في حاشية الدسوقي (قوله أنه فرضها وقدرها) أي بأن قال الحاكم فرضت أو قدرت عليك يوم كذا . وجاء في الشرح الكبير . (إلا) في مسألتين أحداهما أن تجب (لقضية) معناه أنها تجمدت في الماضي فرفع مستحقتها لحاكم لا يرى السقوط بمضي الزمن فحكم بلزومها ، وليس معناه أنه فرضها وقدرها للزمن المستقبل لأن حكم الحاكم لا يدخل المستقبلات نص عليه القرافي إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئًا واحدًا على الدوام قبل وقته ، لأنه يختلف باختلاف الأوقات . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 524/2 .

الباب السادس

فيما يجب لكل من الزوجين على الآخر من الحقوق (1)

بند 212 – يجب لكل من الزوجين على الآخر الأمانة والمعاونة والمواساة .
راجع بند 75 و 203 مدني (2) .

71 ** يجب للزوج على زوجته الأمانة بحفظ ما يخل ضياعه بعرضه كبُضْعها واستتارها عمن ينظرها بشهوة وبحفظ ماله لكن ، لا من حيث الزوجية بل هو واجب عام . ويجب للزوجة على زوجها الأمانة بحفظها مما يخل بعرضها كحملها على مخاطبة أو كشف وجه لمن يظن به شهوة بذلك . وإذا لم تكن الزوجة أهلًا للإخدام بأن كانت من لفيف الناس والزوج ليس ذا قدْرٍ ، أو كانت أهلًا للإخدام والزوج فقير فعليها – ولو غنية – ذات قدر الخدمة الباطنة من عجن ، وكنس ، وفرش ، وطبخ له ولها فقط ، واستقاء ماءٍ جرت به العادة من الدار أو خارجها – ولو من البحر – إذا كان ذلك عادة أهل بلدها ، وكذا غسل ثيابه وثيابها (3) على أحد الأقوال . كذا في الدردير والدسوقي . وأما وجوب معاونة الزوجة على الزوج فلم نقف في شأنه إلا على ما يفرض لها في النفقة كما بسط في المذهب ، وسيأتي الكلام عليها . والمواساة : الإعانة على ما في صدر عبارة الشريشي (4) في

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 216 / 217 / 219 ، 221 إلى 224 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 51/1 .

(3) جاء في حاشية (قوله بأن لم تكن أهلًا للإخدام) أي بأن كانت من لفيف الناس والزوج ليس ذا قدر (قوله وطبخ له) أي ولها وقوله لا لضيوفه أي ولا لأولاده ولا لعبيده ولا لأبوين (قوله واستقاء ماء) أي من الدار أو من خارجها ولو من البحر إذا كان ذلك عادة أهل بلدها (قوله وغسل ثيابه) أي فيلزمها ذلك وكذا غسل ثيابها قال بعضهم أن غسل ثيابه وثيابها ينبغي جريانه على العرف والعادة وقال الأبي : إن ذلك من حسن العشرة ولا يلزمها ، وظاهره ولو جرت العادة بذلك .

وجاء في الشرح الكبير : (وقضى لها بخادمها) عند التنازع (إن أحبت) وأحب هو أن يخدمها خادمة (إلا لريبةٍ) في خادمها نص بالزوج في الدين أو الدنيا فلا يقضى لها بخادمها بل بجاب الزوج لما دعا إن قامت القرائن على تصديقه (وإلا) بأن لم تكن أهلًا والزوج فقير (فعليها الخدمة الباطنة) ولو غنية ذات قدر (من عجن وكنس وفرش) وطبخ له لا لضيوفه فيما يظهر واستقاء ماء جرت به العادة وغسل ثيابه .

حاشية الدسوقي والشرح الكبير 511/2 .

(4) الشريشي هو : أبو العباس أحمد بن عبد المؤمن بن موسى الشريشي ، من أهل شريش ، الإمام العلامة =

شرح المقامة الدينارية ؛ والقصد في البند وقوعها من الجانبين ؛ وحينئذٍ فعطفها في البند / على المعاونة عطف مرادف إن أريد بمعاونة الزوج ما ذكر ، ويكون ذلك من 27/أ قبيل الإجمال أولًا . فالبند موافق للشرع بحسب ما ذكرنا .

بند 213 – يجب على الزوج حماية زوجته ، وعلى المرأة إطاعة زوجها (1) .

72 ** يجب على الزوج وجوبًا كفائيًا حماية زوجته ، أي : دفع ضرر التعدي عليها ، بل : وعلى كل مسلم ، ويجب على الزوجة طاعة زوجها فيما يلزمها له شرعًا (2) . فالبند موافق للمذهب بزيادة قيد في الطاعة .

بند 214 – يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها في بيت واحد ، وتتبعه أينما سار لتقيم معه في أي محل أراد ، ويجب على الزوج إسكانها معه والقيام بكفايتها على قدر طاقته وحاله . راجع بند 108 ، وبند 203 ، وبند 268 ، وبند 1448 ، وبند 1537 من هذا القانون (3) .

73 ** يجب على الزوجة أن تسكن مع الزوج في مسكن لا يسوغ لها شرعا الامتناع من سكناه ، فإن ساغ لها الامتناع من مسكن فلا يجب عليها السكنى معه فيه ، كبيت فيه أقاربه على تفصيل . ولا تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا بشروط ، كما في الدسوقي من الحضانة : وهي كون السفر لموضع مأمون ، والأمن في الطريق ، وكون الزوج مأمونًا في نفسه غير معروف / بالإساءة عليها ، وكونه حرا ، 27/ب وكون البلد المنتقل إليها قريبة بحيث لا يخفى على أهلها خبرها فيها ، وأن تكون البلد تقام فيها الأحكام ، فإذا وجدت تلك الشروط وطلب الرجل السفر بزوجته قضي له بسفرها معه ، وإن تخلف شرط منها فلا تجبر على السفر معه (4) .

= الأديب الماهر الفهامة ، روى عن أبي بكر بن أزهر ، وأبي عبد الله بن زرقون ، وأبي الحسين بن جبير وغيرهم ، قال ابن الأبار : لقيته وسمعت عليه بعض شرحه للمقامات وأجاز في سائره مع روايته ، وله ثلاثة شروح للمقامات . شجرة النور الزكية 176 .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 51/1 .

(2) قاعدة : يجب على الزوج وجوبًا كفائيًا حماية زوجته ، ويجب على الزوجة طاعة زوجها فيما يلزمها له شرعًا .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 51/1 .

(4) هذه الشروط مذكورة بنصها في حاشية الدسوقي 531/2 .

جاء في حاشية الدسوقي (قوله إن سافر لأمن وأمن من الطريق) هذان الشرطان أي كون السفر لموضع مأمون والأمن في الطريق معتبران أيضا في سفر الزوج بزوجته ويزاد عليهما كونه مأمونًا في نفسه ، وغير معروف =

74 ** وحينئذٍ فصدر البند مما يناسب المذهب في أصل وجوب السكنى ، وفي أصل السفر بالزوجة ، ويجب للزوجة الممكنة المطيقة للوطء على البالغ قوت وإدام ، وكسوة ومسكن باعتبار حالهما ؛ فإن تساويا غنىً وفقرًا فظاهر ، وإن اختلف حالهما فاللازم حالة وسطى بين الحالتين ، فنفقة الفقير على الغنية أزيد من نفقته على الفقيرة ، كما إن نفقة الغني على الفقيرة أقل من نفقته على الغنية ، ذكره الدسوقي [1] . وحينئذ فباقي البند إنما يوافق المذهب بزيادة اعتبار حالها على اعتبار حاله .

بند 215 – لا يجوز للمرأة أن تحضر في المحكمة لمرافعة من غير إذن زوجها ؛ ولو كانت تاجرة معلومة أو غير شريكة لزوجها ، أو مفروزة المال عنه . راجع بند 216 إلى بند 226 وبند 344 وبند 776 وبند 1449 وبند 1538 وبند 1576 من هذا القانون ، وبند 861 إلى بند 964 من قانون الأقضية / [2] . 28/أ

75 ** للنساء اللاتي يخرجن للمرافعة عند القاضي فيما ادعين ، أو ادعى عليهن ، والمخدرات [3] اللاتي يمنع من سماع كلامهن يوكلن أو يبعث لهن القاضي في منزلهن واحدًا من طرفه يسمع دعواهن . نقله الدسوقي في باب القضاء [4] .

ومقتضى قول المصنف : وسقطت النفقة إن خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها وأخرج منه مسائل ليس منها المرافعة أن خروجها بلا إذنه ممنوع في غير المسائل

= بالإساءة عليها ، وكونه حرًا ، وكون البلد المنتقل إليها قريبة بحيث لا يخفى على أهلها خبرها فيها ، وأن تكون تلك البلد تقام فيها الأحكام فإذا وجدت تلك الشروط وطلب الزوج السفر بزوجته قضي بسفرها معه وإن تخلف شرط منها فلا تجبر على السفر معه حاشية الدسوقي 531/2 ، 532 .

(1) هذا هو المعتمد في المذهب (حاشية الدسوقي 509/2) .

جاء في حاشية الدسوقي : واعلم أن اعتبار حالهما لابد منه سواء تساويا غنى أو فقرًا أو كان أحدهما غنيًا والآخر فقيرًا لكن اعتبار حالهما عند تساويهما فقرًا أو غنى ظاهرًا وأما عند اختلافهما فاللازم حالة وسطى بين الحالتين وحينئذ فنفقة الفقير على الغنية أزيد من نفقته على الفقيرة كما أن نفقة الغني على الفقيرة أقل من نفقته على الغنية هذا هو المعتمد . حاشية الدسوقي 509/2 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 51/1 .

(3) الخِدْر : ستر يُمَدُّ للجارية في ناحية البيت . وجارية مخدرة إذا أُلزِمَت الخدر ومخدورة . لسان العرب مادة خدر ص 1109 .

(4) عبارة الدسوقي هي : « قوله : وينبغي للقاضي أن يفرد وقتا أو يوما للنساء » أي اللاتي يخرجن ، لا المخدرات اللاتي يمنع من سماع كلامهن فإنهن يوكلن ، أو يبعث القاضي لهن في منزلهن واحدًا من طرفه يسمع دعواهن كما قرره شيخنا » . حاشية الدسوقي 143/4 .

المخرجة ، وهو يعم المرافعة فلا تكون إلا بإذن الزوج ، ولم نجد ما هو صريح في جواز خروجها للمرافعة بغير إذنه ؛ على أن في الدسوقي في مبحث النشوز من فصل القسم تنبيهًا يفيد أنها لا تخرج للتجر والبيع والشراء إلا بإذنه فراجعه [1] . ثم رأيت في الحطاب عند قول المصنف في باب الضمان : وللزوج رده من زوجته ما نصه قال في التوضيح : ولو تكفلت ذات زوج بوجه رجل على أن لا مال عليها فلزوجها رد ذلك ؛ لأنه يقول : قد تحبس وامنع منها ، وتخرج للخصومة وليس ذلك عليّ . اهـ [2] . وهو يفيد إفادة واضحة توقف خروجها للخصومة على إذنه [3] ، وعدم إلزامه به ، وفي أصيل عند قول المصنف أول الشركة : وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل [4] (فرع) يجوز شركة الرجل مع المتجالة [5] أو الشابة بواسطة ، وجوز ابن الهندي [6] كون المرأة مع الرجل إذا كانا صالحين ، وليس للزوج أن يغلق

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 345/2 : « تنبيه : ليس للزوج منعها من التجر والبيع والشراء حيث كانت لا تخرج ، ولا تخلو بأجنبي ، ولا يخشى عليها الفساد بذلك ، وليس له غلق الباب عليها ، وإن حلف ليضربنها لا يجبر على الضرب الذي لم تستوجبه ، ولا يعول على ما ذكره بعضهم من الجبر » اهـ .

(2) مواهب الجليل للحطاب 114/5 .

جاء في مواهب الجليل (وللزوج رده من زوجته) ظاهره ولو كان المال الذي على المضمون دون ثلثها وهو ظاهر ما ذكره في التوضيح والشامل وابن عرفة عن ابن عبد الحكم وقبلوه وزاد ولو شرطت عدم الغرم قال في التوضيح ولو تكفلت ذات زوج بوجه رجل على أن لا مال عليها فلزوجها رد ذلك لأنه يقول قد تحبس وامنع منها وتخرج للخصومة وليس ذلك عليّ هذا فيمتنع أيضًا تحملها بالطلب فتأمله والله أعلم . مواهب الجليل 114/5 .

(3) قاعدة : يتوقف خروج المرأة للخصومة على إذن الزوج .

(4) حاشية الدسوقي (قوله وإنما تصح من أهل التوكيلُ والتوكل) أي إنما تصح ممن كان متأهلًا لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره لأن العاقدين للشركة كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه فمن جاز له أن يتوكل ويوكل جاز له أن يشارك ومن لا فلا . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 348/3 .

(5) المتجالة : يقال مجلت يده أي نَفِطَتْ من العمل فمرنت وصلبت وثخن جلدها وتَعَجَّر وظهر فيها ما يشبه البثر من العمل وفي حديث فاطمة : أنها شكت إلى علي - عليهما السلام - مَجْل يديها من الطحن والمجل : أثر العمل في الكف يعالج بها الإنسان الشيء حتى يغلظ جلدها . انظر لسان العرب (مجل) ص 4141 . والمراد بالمتجالة في السياق : المرأة التي تمرست بأعمال التجارة .

(6) ابن الهندي : هو أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني ، أبو عمر ، المعروف بابن الهندي ، فقيه عالم بالشروط والأحكام ، ألف كتابا في الشروط مفيدا جامعا يحتوي على علم كثير ، عليه اعتماد الموثقين والحكام ، توفي سنة 399 هـ (شجرة النور الزكية 101) .

28/ب عليها الباب ولا يمنعها من التجارة / ، وله منعها من الخروج . ونص سحنون على أن لها أن تدخل رجالا تشهدهم على نفسها بغير إذن الزوج إذا كان معهم ذو محرم ، أو أهل فضل وصلاح اهـ [1] . وعلى هذا فالبند موافق للمذهب .

بند 218 – إذا امتنع الزوج من أن يأذن للمرأة أن تحضر في المحكمة لدعوى كفى إذن القاضي لحضورها بالمحكمة . راجع بند 861 إلى بند 864 من قانون الأقضية والمحاكمات [2] .

76 ** قد مر أن قول المصنف يقتضي مع ما أخرج منه أن خروج المرأة بلا إذن زوجها ممنوع في غير ما أخرج ، وهو يعم للمرافعة فلا تكون إلا بإذنه . وقد ذكر عبد الباقي في باب الحجر تعليلا للقول بمنع الزوجة من دفع قرض زائد على ثلثها بغير إذن زوجها هو أنها قد تخرج لمطالبتها بما أقرضته وهو ضرر على الزوج ، وذكر أيضا : أنها ممنوعة من ضمان الوجه والطلب ، وهو ضمان المال ، سواء كان الضمان لزوجها أو غيره . قال الدسوقي [3] : لأنهما يؤديان للخروج والزوج يتضرر بذلك وقد تحبس ؛ فمقتضى ذلك مع ما مر أنه إذا امتنع الزوج من الإذن لها يجبر على الإذن ، ولتراجع المسألة كي يوجد

(1) نقل الحطاب عن ابن الهندي ما نصه : « وإنما تجوز بين الرجل والمرأة إذا كانا صالحين مشهورين بالخير والدين والفضل ، وإلا فلا . انتهى » . مواهب الجليل 119/5 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 52/1 .

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 344/3 .

جاء في حاشية الدسوقي (قوله شرع في بيان ضمان الوجه) أي وهو التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة إليه (قوله وصح بالوجه) عطف على قوله وصح من أهل التبرع والباء للملابسة والمراد بالوجه الذات كما أشار له الشارح أي وصح الضمان حالة كونه ملتبسًا بإحضار الذات التي عليها الدين وقت الحاجة إليها (قوله لأنه يقول قد تحبس) أي قد تعجز عن الإتيان به فتحبس . وقد يقال هذا وما بعده يأتي في ضمان المال فلو عللوا بأنه مظنة لخروجها لطلبه وفي ذلك معرة عليه كان ظاهرًا ثم إن ما ذكر من التعليل ظاهر في ضمانها لغيره وضمانها له كما قال شيخنا ؛ لأن المعرة تلحقه بخروجها للتفتيش عليه فقد تحبس مع ثبوت عسره وحينئذ فللزوج رد ضمانها بالوجه ولو كان الضمان له (قوله ضمانها الطلب) أي التزامها طلب المضمون والتفتيش عليه فللزوج منعها منه ولو كان الدين الذي على المضمون أقل من ثلثها بخلاف ضمان المال .

وجاء في الشرح الكبير (وصح) أي الضمان (بالوجه) أي الذات أي بإحضارها لرب الدين عند الحاجة فلا يصح إلا إذا كان على المضمون دين لا في نحو قصاص (وللزوج رده) أي رد ضمان الوجه إذا صدر (من زوجته) ولو كان دين من ضمنته لا يبلغ ثلثها لأنه يقول قد تحبس أو تخرج للخصومة وفي ذلك معرة وعدم تمكن منها ومثل ضمان الوجه ضمانها الطلب وهذا إذا كان بغير إذن زوجها وإلا فلا رد له . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 344/3 .

ما هو صريح فيما يناسب ما هنا وما مر ، وإن وجدنا صريحا نقلناه ، ثم وجدت / 29/أ عبارة الحطاب التي سبق نقلها آخر الكلام على بند 215 .

بند 220 – يجوز للمرأة إن كانت تاجرة محترفة أن تعقد عقود الالتزامات التجارية فيما يخص التجارة المتعلقة بها ، بل إذا كانت أموالها وأموال زوجها شركة مشاعة كان عقدها ملزمًا له أيضًا ، ولا تسمى المرأة تاجرة (محترفة) إلا إذا كان لها معاملة تجارية مفروزة ، وأما إذا كان بيعها وشراؤها في تصريف تجارة زوجها فقط فلا توصف بكونها تاجرة محترفة . راجع بند 215 مدني وبند 4 وما بعده تجاري [1] .

77 ** جواز عقود التجارة للزوجة لا يتوقف على كونها محترفة [2] كما يفيده ما مر ، وإذا كان بين الزوج والزوجة شركة وجعل كل واحد التصرف لصاحبه غيبة وحضورًا في بيع وشراء وغير ذلك مما تحتاج له التجارة فهي مفاوضة ، وما صدر من أحدهما فمضى على الآخر بتفصيل في المذهب [3] ، وليس ذلك خاصًا بالزوجين بل كل شريكين كذلك ، فالبند إنما يناسب المذهب في أصل نفاذ عقود التجارة ، وفي لزوم ما يصدر من الزوجة في مال الشركة من حيث الشركة ، لا الزوجية إذا كانت شركة مفاوضة على ما فصل في المذهب .

بند 225 – من مناسبات بند 180 وقد مر الكلام / في شأنه [4] . 29/ب

بند 226 – معلوم أنه يجوز للمرأة أن توصي (بما يبلغ ثلث مالها فأقل) ، ولا (يتوقف ذلك على) إذن زوجها [5] .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 52/1 .

(2) قاعدة : جواز عقود التجارة للزوجة لا يتوقف على كونها محترفة .

(3) شركة المفاوضة : من تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه . وفي الاصطلاح معناها : أن يطلق كل واحد من الشريكين حرية التصرف لصاحبه ، غيبة وحضورًا ، في بيع وشراء وكراء واكتراء ، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة ، ويلزمه كل ما يفعله شريكه ، وشركة المفاوضة نوعان : عامة غير مقيدة بنوع معين ، والثاني : مفاوضة خاصة مقيدة بنوع من أنواع التجارة (الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 351/3) .

(4) نص القانون الفرنساوي للبند 225 هو : لا يطعن في الفساد المبني على عدم الإذن إلا الزوجة أو الزوج أو الوارث . راجع بند 943 وما بعده وبند 1125 وبند 1241 وبند 1304 وبند 1312 وبند 1313 وبند 1417 وبند 1469 وبند 1550 مدني راجع تعريب القانون الفرنساوي المدني 53/1 .

(5) النص القانوني للبند رقم 226 هو : « يجوز للمرأة أن توصي من غير إذن زوجها . راجع بند 893 ، 895 ، وبند 905 ، وبند 940 ، وبند 969 مدني » راجع تعريب القانون الفرنساوي المدني 53/1 .

بند 227 – ينفسخ الزواج بثلاثة أمور ؛ **الأول** : موت أحد الزوجين . **الثاني** : الطلاق المحكوم به في محكمة من المحاكم . **الثالث** : الحكم المقطوع على أحد الزوجين بما يستلزم ضمنًا الموت المدني . راجع بند 23 وبند 25 مدني وبند 18 جنايات [1] .

78 ** معلوم أن النكاح تنعدم حقيقته بالموت وإن بقي أثره بعده ، وبالطلاق كذلك ، وبالتمويت للمفقود [2] وهو إعطاؤه حكم الميت كذلك .

الكتاب السادس [3]

في أحكام الطلاق

الباب الأول

في أسباب الطلاق [4]

بند 229 – يجوز للزوج أن يطلب طلاق زوجته إذا اتهمها بالزنا . راجع بند 308 وبند 312 وما بعده مدني وبند 334 وبند 336 وبند 337 وبند 338 جنايات [5] .

79 ** الزوج مالك لطلاق زوجته لا بقيد التهمة المذكورة ، ولا يحتاج فيه لطلب ؛ نعم القذف بالزنا يكون سببًا للعان وبه يفترق الزوجان ، وتتأبد حرمة الزوجية على زوجها بتفصيل في محله .

بند 230 – يجوز للزوجة أن تطلب طلاق زوجها إذا رمته بالزنا مع مربيته المعاشرة له الساكنة / معه في منزل هذه الزوجة ، راجع بند 339 جنايات [6] . 30/أ

80 ** للزوجة التطليق بالضرر طلقة واحدة وتكون بائنة إذا شهدت به البينة ولو ثبت بالسماع [7] ، ويأمره الحاكم أولًا بالطلاق ؛ فإن امتنع فهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم به ؟ قولان . ومن الضرر : قطع كلامه عنها ، وتحويل وجهه

(1) المرجع السابق 54/1 .

(2) قاعدة : النكاح تنعدم حقيقته بالموت – وإن بقي أثره بعده – وبالطلاق ، وبالتمويت للمفقود .

(3) لم يتناول المصنف الباب السابع في الكلام على انفساخ الزواج والباب الثامن فيما يتعلق بعقد الزواج الثاني . وذلك من الكتاب الخامس .

(4) لم يتناول المصنف 232 ، 233 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(5) السابق .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 54/1 .

(7) قاعدة : للزوجة التطليق بالضرر طلقة واحدة وتكون بائنة إذا شهدت به البينة ولو ثبت بالسماع .

في الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها بأن لم يعدل بين الزوجتين في الكسوة والنفقة بقدر حال كل واحدة من شريفة ودنيئة . كذا في الشيخ أصيل والدسوقي [1] . ولا يخفى أن معاشرة الزوج لأجنبية ساكنة معه في منزل هذه الزوجة أشد من أنواع الضرر المذكورة ؛ وعلى هذا فللزوجة التطليق على الخلاف السابق بسبب معاشرة الأجنبية المذكورة إن ساءت الزوجة ، فمناسبة البند للمذهب واضحة .

بند 231 – يجوز لأحد الزوجين أن يطلب التطليق من الآخر بسبب تجاوز الحد في ارتكاب مالا ينبغي ، وفي إساءة العشرة بالمشاتمة والمسابة الفاحشة . راجع بند 306 مدني [2] .

81 ** لم نقف على شيء في الطلب يتجاوز الحد في ارتكاب مالا ينبغي على عمومه ، وللزوجة التطليق بالضرر كما سبق ولو لم تشهد البينة بتكرره [3] ، ومن الضرر هجرها بلا موجب شرعي ، وضربها كذلك ، ووطؤها في دبرها / وسبها 30/ب
وسب أبيها ، نحو يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون ، كما يقع كثيرا من رعاع الناس . كذا في الدردير [4] ، فالبند إنما يناسب المذهب بآخره .

---

(1) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير 519/2 .

جاء في حاشية الدسوقي (قوله فيأمره الحاكم إلخ) اعلم أن جماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه إلى الحاكم أو لكونه غير عدل اهـ (قوله أو تطلقها) أي فإن أنفق وكسا أو طلق فلا كلام وإن أبى من ذلك ومن الطلاق فإن الحاكم يطلق عليه حالًا بلا تلوم على المعتمد ، وقيل بعد التلوم (قوله وإلا تلوم إلخ) أي ابتداء ولا يؤمر بالنفقة بحيث يقال له إما أن تنفق أو تطلق إذ لا فائدة في أمره بها لأن الفرض بثبوت عسرة (قوله يوم أو أكثر) أي ولا نفقة لها على الزوج في زمن التلوم ولو رضيت بالمقام بعد التلوم ثم قامت بعد ذلك فلابد من التلوم ثانيًا (قوله إن مرض أو سجن) أي في أثناء مدة التلوم الكائنة بالاجتهاد بعد إثبات العسر (قوله وإلا طلق عليه) أي عند فراغ مدة التلوم التي بالاجتهاد (قوله ثم بعد التلوم) أي ثم بعد فراغ مدة التلوم أي وعدم الوجدان للنفقة والكسوة (قوله طلق عليه) ويجرى فيه قوله فهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم قولان ... حاشية الدسوقي 519/2 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 54/1 وما بعدها .

(3) قاعدة : للزوجة التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره .

(4) جاء في الشرح الكبير (ولها) أي للزوجة (التطليق) على الزوج (بالضرر) وهو مالا يجوز شرعًا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر يا بنت الملعون كما يقع كثيرًا من رعاع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق كما هو ظاهر وكوطئها في دبرها لا بمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق (ولو لم تشهد البينة بتكرره) أي الضرر أي ولها اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم ولو سفيهة أو صغيرة ولا كلام لوليها في ذلك ... الشرح الكبير 345/2 .

الباب الثاني

« في الطلاق المترتب على سبب معين »

الفصل الأول

« في صورة طلب الطلاق بسبب معين » [1]

بند 236 – إذا أنهى أحد الزوجين طلب الطلاق فعليه أن يبسط أسبابه في تقريره ويُسلمه بنفسه مع ما معه من السندات المعضدة له ليد رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينوب منابه ، ما لم يمنعه من الحضور بالمحكمة مرض ثابت بشهادة حكيمين ، فيجوز له أن يستدعي حضور القاضي بمنزله لاستلام التقرير والأوراق راجع بند 881 محاكمات [2] .

82 ** لم نقف في المذهب على ما يناسبه إلا أن الزوجة تبين المسوغ لطلب التطليق حين تدعيه .

بند 243 – وإذا حضر المدعى عليه بنفسه ، أو أرسل وكيلًا مفوضًا عنه فله أو لوكيله أن يطعن في أسباب طلب الطلاق المدعى بها عليه ، وفي السندات التي أبرزها المدعي ليقوى بها حجته ، وفي الشهود الذين أوردهم للشهادة ، ويذكر المدعى عليه أيضا أسماء الشهود الذين يريد إشهادهم للذب عنه ، وكذلك للمدعي الطالب الطلاق الطعن في شهود خصمه ، راجع بند 92 تعريفه [3] .

83 ** لا مناسبة له بالمذهب إلا كون من ادعت عليه زوجته ضررًا يسوغ طلب
31/أ التطليق / ، وأشهدت على ذلك بينة ، فله الطعن فيها ، وعليه إثبات طعنه ، ولزوجته الطعن في بينة طعنه ، كما أفاده عبد الباقي [4] في القضاء .

بند 244 – ويتحرر بما ذكر صورة محضر مشتملة على ذكر حضور الخصمين في المحكمة ، وإفادتهما ومطاعنهما ، وكذلك ينبه على رضا من رضي منهما

(1) لم يتناول المصنف البنود 237 إلى 242 والبنود 245 إلى البنود 250 والبنود من 252 إلى 266 من الفصل الأول (في صورة طلب الطلاق بسبب معين) من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 56/1 . (3) المرجع السابق 57/1 .

(4) المراد الشيخ عبد الباقي الزرقاني ، وقد سبقت له الترجمة .

بشيء ، ثم تتلى صورة المحضر على الخصمين المذكورين ، ويذكر فيه صورة تلاوته عليهما ، ويطلب منهما الإمضاء عليه ، وإذا امتنع أحد منهما من كتابة اسمه لسببٍ ما يصير ذكر ذلك في صورة المحضر (1) .

84 ** هذا البند مناسب لبند 198 وقد تقدم الكلام مبسوطًا أن تقييد صورة الحكم في السجل بعد الاستيفاء الشرعي مطلوب شرعًا ؛ وحينئذٍ فلا بأس بتقييد الحكم الصادر في شأن طلب الزوجة الطلاق .

بند 251 – لا يقبل الطعن في شهادة أحد من أقارب الخصمين بمجرد علة القرابة وحدها في مادة الطلاق إلا في شهادة أولادهما وأولاد أولادهما ، وكذلك لا يقبل الطعن في شهادة خدم الخصمين من حيثية وصف الخدمة فقط ، وإنما يجب على قضاة المحكمة أن تمعن النظر في الشهادة المؤداة من الأقارب والخدم وتحترس كل الاحتراس في ذلك . راجع بند 268 / محاكمات (2) . 31/ب

85 ** المذهب أنه في سائر الحقوق الشرعية لا تقبل شهادة متوكد القرب للمشهود (3) له ، كأصله وإن علا ، وزوجة أبيه ، وزوج أمه ، وولد وإن سفل ، وكذا زوج البنت ؛ وزوج الابن ؛ فلا يشهدان لأبوي زوجيهما ، بخلاف شهادة الأخ لأخيه إن برز في العدالة ، أي فاق أقرانه فيها فتقبل حينئذٍ (4) ، وكذلك الأجير تقبل شهادته ممن استأجره إن برز ، ولم يكن في عياله ، ولم تكن الشهادة بجرح عمد فيه قصاص ، وإلا فلا تقبل على المشهور (5) ؛ لأن الحمية تأخذ في القصاص . فعلم أن البند إنما يضاهي المذهب في عدم قبول شهادة الأولاد وأولاد الأولاد ، وفي قبول شهادة الخادم .

86 ** بند 253 ، (6) ليس في متفق المذهب ولا في راجحه ما يناسبه وإنما يضاهيه قول

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 57/1 . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 59/1 .

(3) قاعدة : لا تقبل شهادة متأكد القرب للمشهود له في سائر الحقوق الشرعية .

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 168/4 وما بعدها .

(5) قوله « ولم يكن في عياله » أي ولم يكن الشاهد في عيال المشهود له ، ويشترط أيضا أن تكون الشهادة ليست بجرح عمدٍ فيه قصاص ، وإلا فلا تقبل على المشهور ؛ لأن الحمية تأخذ في القصاص . اهـ . من حاشية الدسوقي 169/4 .

(6) نص هذا البند هو : « تسمع المحكمة في خلوة المذاكرة شهادة الشهود في وجه وكيل الملك والخصمين والمحامين عنهما وأحبابهما ؛ بشرط أن لا يحضر مع كل خصم أكثر من ثلاثة . راجع بند 241 مدني » « تعريب القانون الفرنساوي المدني 59/1 » .

عبد الملك [1] بأن الشهادة لا تكون إلا في وجه الخصم وهي مضاهاة ضعيفة [2] .

87 ** بند 255 ليس فيه مضاهاة للمذهب إلا في كتب شهادة الشهود ، وقد مر ذلك في مناسب بند 198 .

الفصل الثاني

في الاحتياطات الوقتية مدة تداعى الطلاق لسبب معين [3]

بند 268 – يجوز للزوجة الطالبة للطلاق أو المطلوب طلاقها ترك منزل زوجها مدة التداعي ، وأن تطالبه بالمؤنة على حسب ميسرته ، وتعين المحكمة بيتًا لإقامتها ، 32/أ وتفرض لها المؤنة عليه إن كان يلزمه ذلك ، ويجبر / الزوج على دفع ، ذلك راجع بند 214 مدني [4] .

88 ** الزوجة الطالبة للطلاق ليس لها ترك منزل زوجها ، إلا إذا كانت مظلومة ولا حاكم ينصفها ، كطالبة التطليق بالضرر ، وكل زوجة طلبت الطلاق فلها المؤنة مدة المرافعة ؛ ما لم يقم بها مانع مسقط للنفقة [5] .

فالبند مناسب للمذهب في ترك منزل الزوج مدة المرافعة في بعض الصور ، ومناسب له أيضًا في وجوب المؤنة في المدة المذكورة .

بند 271 – كل عقد صادر من الزوج في الأموال المشاعة ، وكل تصرف حصل منه في العقارات المشاعة بعد تاريخ الإشعار المنصوص عليه في بند 238 يحكم بإبطاله ، إذا ثبت أنه عقد بنية الاختلاس في حقوق الزوجة [6] .

89 ** تصرف الشريك مما ليس خيرًا للشركة لا يسوغ [7] كما فصل ذلك عند

---

(1) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون ، القرشي ، مفتي المدينة وعالمها أخذ عن أبيه ، وعن مالك وغيرهما ، وبه تفقه أئمة ، كابن حبيب وسحنون ، له كتاب كبير في الفقه باسمه ، توفي سنة 212 هـ على الأشهر . « شجرة النور الزكية ص 56 » .

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 164/4 .

(3) لم يتناول المصنف بند 267 ، 269 ، 270 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 63/1 .

(5) قاعدة : كل زوجة طلبت الطلاق فلها المؤنة مدة المرافقة مالم يقم بها مانع مسقط للنفقة .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 63/1 .

(7) قاعدة : تصرف الشريك مما ليس خيرًا للشركة لا يسوغ .

قول المصنف ، وله أن يتبرع إن استألف [1] إلخ .

فالبند إنما يناسب المذهب في عدم نفاذ تصرف الشريك بالوجه المذكور فيه على الشريك الآخر بقطع النظر عن المقام .

الباب الثالث [2]

في الطلاق الذي يقع بتراضي الزوجين

بند 282 – ينصح القاضي كلا من الزوجين بمواجهة الآخر بما يراه مناسبًا من النصائح ويذكر لهما منافع الصلح معا ومضار الفرقة وكذلك ينصح كلا منهما على حدته وهذا كله بحضور كاتبيهما ويتلو عليهما الباب الرابع من هذا الكتاب المذكور فيه النتائج الوخيمة المترتبة على الطلاق ، وبالجملة فيوضح لهما ما يحدث من أضرارهما على سلوك هذا المسلك وما يترتب عليه .

90 ** لا يأبى الشرع منه النصيحة للزوجين وإجراء الصلح بينهما ، وتبيين الضرر الناشئ من الفرقة ، وبند 287 [3] لا يناسبه إلا حث الشرع على الصلح من القاضي أو غيره وقد مر ذلك / . 32/ب

الباب الرابع

في نتائج الطلاق وما يترتب عليه من الأحكام

91 ** بند 295 . [4] لا يوافق تفاصيل الشرع ، إذْ من الطلاق ما هو بائن وما هو رجعي كما هو معلوم .

---

(1) المراد بالمصنف : الشيخ الدسوقي ، وقد سبقت له ترجمة ، وعبارته كما جاءت في حاشيته : « وله أن يتبرع إذا استألف به أو خف » . حاشية الدسوقي مطبوع مع الشرح الكبير 352/3 .

وعلق على ذلك الشيخ الدردير بقوله : « وله » أي لأحد المتفاوضين (أن يتبرع) بشيء من مال الشركة (إن استألف به) للتجارة « أو » إن (خف) ولو لم يستألف ا هـ من الشرح الكبير للدردير 352/3 .

(2) لم يتناول المصنف الفصل الثالث في منع ودفع دعوى الطلاق المستند على سبب معين . وذلك في الباب الثاني .

(3) نص هذا البند هو : فيعظ القاضي والحاضرون الزوجين بتذكارهم ما ينفع من المواعظ فإذا أصرا على ما نوياه كتب لهما محضرا بوصول إنهائهما طلب الطلاق إليه مع الأوراق المتعلقة به ويحرر باشكاتب المحكمة بذلك كله محضرا يمضيه من الخصمين مالم يخبرا بأنهما لا يكتبان أو إن لهما عذرا في عدم الكتابة فحينئذ ينبه على ذلك في طلب المحضر ويمضيه أيضا الحاضرون والقاضي والباشكاتب / تعريب القانون الفرنساوي المدني 67/1 .

(4) نص هذا البند هو : « الزوجان اللذان يقع بينهما الطلاق بأي سببٍ من الأسباب ممنوعان من الرجعة بعد ذلك » . « تعريب القانون الفرنساوي المدني 69/1 » .

بند 296 – [1] لا توافق العدة فيه قدرها الشرعي المعلوم في الكتب [2] ، فهو إنما يناسب المذهب في أصل عدة الطلاق .

بند 303 – أيًّاما كان الشخص الذي انتقلت إليه كفالة الأولاد فللأبوين الحق في مناظرة التربية والتعليم ، وعليهما أن يبذلا ما يلزم لذلك ، كل منهما بقدر ميسرته . راجع بند 203 وما بعده وبند 372 وما بعده مدني [3] .

92 ** إذا كانت الحضانة – وهي المراد هنا بالكفالة – حقًّا لغير الأب فعلى الأب نفقة المحضون ، وله تعهد الولد عند أمه ، وأدبه وبعثه لمعلم [4] ، فالبند مناسب للمذهب في مناظرة الأب عند كون الحق في الحضانة لغيره .

بند 304 – انفساخ الزواج بالطلاق الذي أذنت به المحكمة لا يمنع الأولاد المخلفين من هذا الزواج عن التمتع بأي حق من الحقوق ، ولا تتبعه من المنافع التي كانت مقررة لهم قبل الطلاق على موجب القوانين ، أو بناء على تراضي الأبوين لشرطهما لهما ذلك في حجة الزواج فلا يحرمون من حق من الحقوق المقررة لهم ، وليس للأولاد مطالبة الأبوين في هذه الحقوق في حياة الأبوين بل يكون تحت يد الأبوين ، كما إذا لم يكن طلاق / [5] . 33/أ

93 ** لا تأثير للطلاق أصلا في حرمان الأولاد من الحقوق المقررة لهم شرعًا مما تتعلق بالأبوين [6] كما هو واضح ، فالبند إنما يناسب المذهب في أصل عدم حرمان

---

(1) ينص هذا البند على ما يأتي : « في صورة الطلاق الذي يقع بسبب معين موجب له تمنع المرأة المطلقة من أن تتزوج إلا بعد وفاء العدة التي مدتها عشرة أشهر كاملة من تنجيز الطلاق . راجع بند 228 مدني » . تعريب القانون الفرنساوي المدني 69/1 .

(2) عدة الطلاق ثلاثة أنواع : أحدها : ثلاثة قروء « أطهار » لمن تحيض ، الثاني : وضع الحمل إن كانت حاملًا ، الثالث : ثلاثة أشهر لليائسة من الحيض والصغيرة .

عدة المتوفى عنها زوجها : إن كانت حاملًا فعدتها بوضع حملها ، سواء وضعته بقرب أو بعد ، وإن لم تكن حاملًا فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام . « القوانين الفقهية ص 237 ، 239 ، 240 » .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 70/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير 527/2 ما نصه : « وللأب وغيره من الأولياء (تعهده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب) ، ولو قال : لمعلم ، كان أخصر وأشمل » .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 70/1 .

(6) قاعدة : لا تأثير للطلاق في حرمان الأولاد من الحقوق المقررة لهم شرعًا مما تعلق بالأبوين .

الأولاد بالطلاق مما يستحقونه .

بند 305 – [1] غير موافق للمذهب .

الكتاب السابع [2]

في الأبوة والبنوة

الفصل الأول

« في بنوة الأولاد المخلفين من زواج معتبر » [3]

بند 312 – الحمل من زواج ينسب للزوج . راجع بند 725 وبند 906 مدني .

وإنما للزوج أن ينفي المولود إذا ثبت أنه في مدة الحمل أكثره أو أقله لم يكن موجودًا لغيبته غيبة طويلة يستحيل أن يحصل وطء لزوجته فيها ، أو لمانع حسي يمنع الوصول إليها ومواقعتها ، راجع بند 316 وبند 325 مدني [4] .

94 ** الحمل ينسب للزوج إذا أتت به زوجته لستة أشهر فأكثر من يوم العقد [5] ، وإذا وضعت الزوجة حملًا من زوجها ووطئها بعد وضعه بشهر مثلًا وأمسك عنها مدة خمس سنين فأكثر ، فإنه يعتمد في ذلك على نفي الولد ويلاعن فيه ، وكل امرأة تدعي ولدًا على من هو على مدة لا يمكن مجيئه إليها في خفاء ، كمغربية تدعيه على مشرقي فإن الولد ينتفي عن الزوج بغير لعان لقيام المانع الحسي على نفيه عنه ، وإن كان الزوج صبيا حين الحمل أو مجبوبًا أو مقطوع / الأنثيين ، أو البيضة اليسرى انتفى عنه الولد بغير 33/ب

(1) ينص هذا البند على ما يلي : « وفي صورة الطلاق المسبب عن تراضي الزوجين يكون للأولاد المخلفين من هذا الزواج الحق في نصف أموال كل واحد من أبويهما من يوم الطلب الأول للطلاق ، ومع ذلك يجوز للأبوين أن يتمتعا بمنفعة النصف إلى بلوغ أولادهما سن الرشد المطلوب ، لكن بشرط أن يتكفل الأبوان بمؤنة الأولاد وتربيتهم والقيام بمصالحهم على قدر عادة أمثالهم ؛ هذا كله إذا لم يكن مشروطًا بشروط أخرى لمصلحة الأولاد بموجب اتفاقات خصوصية من الأبوين فيها نفع لمصلحة الأولاد ، بند 203 وما بعده مدني » . تعريب القانون الفرنساوي المدني 70/1 وما بعدها .

(2) لم يتناول المصنف الباب الخامس في الكلام على التفريق بين الزوجين من الكتاب السادس وكذلك الباب الأول من الكتاب السابع في الأبوة والبنوة .

(3) لم يتناول المصنف البنود 314 ، 315 ، 316 ، 318 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 72/1 .

(5) قاعدة : الحمل ينسب للزوج إذا أتت به زوجته لستة أشهر فأكثر من يوم العقد .

لعان ؛ لاستحالة حملها منه حينئذٍ . كذا في الدردير والدسوقي [1] . فالبند يناسب المذهب في أصل نسبة الحمل للزوج ، وفي انتفاء الولد في الغيبة الطويلة وللمانع الحسي .

بند 313 – لا يجوز للزوج أن ينفي الولد عن زوجته بسبب عُنته ، ولا بسبب رمي المرأة بالزنا ، ما لم تكن أخفت عنه ولادة المولود ؛ فإذًا يجوز له أن يثبت بجميع الأدلة أن هذا الولد ليس منه . راجع بند 229 ، وبند 308 ، وبند 309 ، وبند 316 ، وبند 325 من القانون المدني [2] .

95 ** إن كان المراد بالعنين صغير الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع انتفى عنه الولد بغير لعان ؛ بسبب قيام المانع الحسي ، وإن كان المراد به مرتخي الذكر فالظاهر من المذهب أن له أن ينفي الولد بلعان ، وإن لاعن الزوج برؤية الزنا وادعى الوطء قبل الرؤية وادعى عدم الاستبراء بعد ذلك الوطء ثم ظهر بها حمل ، يمكن أن يكون من زنا الرؤية وأن يكون منه بأن كان لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية ؛ فإن الولد لازم للزوج ، ولا ينتفي عنه أصلًا على أحد أقوال ثلاثة لمالك ؛ وإن كان الراجح خلافه . كذا في الدردير والدسوقي [3] .

34/أ فالبند يوافق / المذهب في عدم نفي الولد بغير لعان إذا كان الزوج معترضًا ، وفي عدم نفي الولد بسبب رمي المرأة بالزنا على أحد الأقوال .

بند 316 – لا يقبل من الزوج نفي الولد في الأحوال المتقدمة إلا في ظرف شهر من يوم الوضع ؛ إذا كان حاضرًا بالمحل وفي ظرف شهرين من حضوره إذا

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 460/2 .

جاء في الشرح الكبير (أو) لم يطأها بعد (استبراء بحيضه) وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من الاستبراء فيعتمد في نفيه على ذلك ويلاعن وإن لم يدع رؤية ثم بالغ على مقدر أي وينتفي الحمل والولد بلعان معجل لا بغيره (ولو تصادقا على نفيه) أي الولد قبل البناء أو بعده فلابد من لعان من الزوج لنفي الولد فإن لم يلاعن لحق به ولا حد عليه لأنه قذف غير عفيفة وتحد هي على كل حال (إلا أن تأتي به) أي بالولد (لأقل من ستة أشهر) من يوم العقد بشيء له بال كستة أيام فينتقي حينئذ بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه (أو) تأتي به (وهو) أي الزوج (صبي حين الحمل أو مجبوب) فينتفي عنه الولد بغير لعان لاستحالة حملها منه حينئذ ومثله مقطوع الأنثيين أو البيضة اليسرى فقط على الصحيح (أو ادعته) أي الحمل امرأة (مغربية) بعد العقد عليها على زوج لها (مشرقي) مثلًا الشرح الكبير 460/2 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 72/1 .

(3) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 459/2 ، 460 ، 461 .

كان غائبًا زمن الوضع ، وفي ظرف شهرين من علمه بالوضع فيما إذا كان كتم عنه الوضع . راجع بند 312 وما بعده وبند 325 وما بعده مدني [1] .

96 ** إن أخر الزوج اللعان بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين بلا عذر في التأخير امتنع لعانه [2] . فالبند إنما يوافق المذهب في عدم نفي الولد بأصل التأخير .

الباب الثاني

« في إثبات البنوة المولودة في الحلال » [3]

بند 320 – عند عدم ذلك تكفي في ثبوت النسب حيازة لقب البنوة الدائمة وإشاعتها . راجع بند 195 إلى بند 197 ، وبند 321 وما بعده مدني [4] .

97 ** ذكر الدردير أن شهادة السماع الشائع عن الثقات وغيرهم تسوغ في النسب [5] . فللبند مناسبة للمذهب في ثبوت النسب مما انبنى على الشيوع [6] بقطع النظر عما في البند من التقييد .

98 ** بند 321 [7] لا يوافق المذهب منه إلا ما مضى من كفاية شهادة السماع / [8] . 34/ب

بند 322 – لا يجوز لولد أن ينتسب إلى غير أبيه ، ولا أن يدعي حيازة وصف آخر ولا لقب لم يكن في نسبه ، وكذلك لا يجوز لأحد أن ينسب آخر إلى غير أبيه ، ولا أن يصفه بلقب أو عنوان ليس في نسبه ، راجع بند 196 مدني [9] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 73/1 .

(2) قاعدة : إن أخر الزوج اللعان بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين بلا عذر في التأخير امتنع لعانه .

(3) لم يتناول المصنف البنود 319 ، 321 إلى 329 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 74/1 .

(5) الشرح الكبير للدردير 170/4 .

(6) قاعدة : يثبت النسب مما انبنى على الشيوع .

(7) ينص هذا البند على : « حيازة لقب البنوة والاتصاف بها تثبت بالاستناد إلى اجتماع علامات مقنعة ودلائل كافية في إفادة نسبة شخص إلى العائلة التي ينسب إليها » « راجع بند 326 إلى بند 330 مدني ، تعريب القانون الفرنساوي المدني 74/1 » .

(8) ذكر الدردير وأفاد الدسوقي في شروط الشاهد : « ألا يقتصر على مجرد السماع ؛ مالم يحصل القطع بها ؛ بأن فشا الأمر عن الثقات وغيرهم فيكفي » الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 170/4 .

(9) تعريب القانون الفرنساوي المدني 74/1 .

99 ** نقل الأجهوري : أن من نسب نفسه إلى بطن أو نسب أو عشيرة غير ما عرف به فإنه يحد [1] ؛ لأنه قذف أمه . في المختصر وشراحه : أنه يشدد في الأدب على من انتسب للنبي – عليه الصلاة والسلام – بغير حق بقول أو بفعل ، كأن يتعمم بعمامة خضراء ، وكذا إن احتمل قوله الانتساب ، كأن يقول معرضًا بنفسه : مَنْ أشرف من ذريته – عليه الصلاة والسلام – أو قال لمن آذاه : أنت شأنك تؤذي آل البيت [2] ، ففي هذا أيضا دعوى حيازة وصف ليس في نسب المدعي ، وكل من الحد والتشديد يفيد التحريم ، ومن ادعى حيازة وصف غير ما ذكر ليس في نسبه فهذا من باب الكذب يحرم بهذا الوجه ، ومن نسب شخصا إلى غير أبيه تصريحا أو تعريضا فإنه [3] يحد [4] ؛ فللأم القيام ولو عفا هو [5] ، وأما تلقيب الشخص لنفسه أو تلقيب غيره له بلقب ليس في نسبه فلا نعلم له حرمة في ذاته ، وكذا العنوان ، فالبند يوافق المذهب فيما عدا اللقب والعنوان / . 35/أ

بند 323 – في صورة ما إذا لم يكن للولد شهرة ولا صفة دائمة يعرف منها نسبه ، أو كان مسجلًا في سجل الأنساب بنسب غير صحيح كأن قيل عنه في السجل : إنه مجهول الأب والأم ؛ فإنه يجوز في هذه الأحوال ثبوت نسبة الولد بالشهود والبينات ، لكن ثبوته بذلك لا يعتد به ؛ إلا إذا كان بكتابة وكانت الدلائل الظنية والأمارات الناتجة من الوقائع والدلائل الثابتة لازمة الثبوت ، قوية متمكنة ؛ بحيث تكون مقنعة في إثبات النسب . راجع بند 46 وبند 324 وبند 1347 مدني [6] .

100 ** يثبت نسب الولد بالشهادة الشرعية بالإقرار به من الأب ، أو بالسماع الشائع من الثقاة وغيرهم بهذا النسب [7] ، ولا يستدعي بثبوته زيادة على ما ذكر .

فالبند إنما يناسب المذهب في أصل الثبوت بالشهادة .

بند 325 – نفي النسب يكون بالدلائل التي تفيد أن مدعي النسب ليس هو

---

(1) قاعدة : من نسب نفسه إلى بطن أو نسب أو عشيرة غير ما عرف به فإنه يحد .

(2) أفاده الدسوقي والدردير في باب الردة ج 312/4 . تعليقًا على نص المختصر للعلامة خليل .

(3) قاعدة : من نسب شخصًا إلى غير أبيه تصريحًا أو تعريضًا فإنه يحد .

(4) الشرح الكبير للدردير 325/4 .

(5) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 328/4 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 74/1 .

(7) قاعدة : يثبت نسب الولد بالشهادة الشرعية بالإقرار به من الأب ، أو بالسماع الشائع من الثقاة وغيرهم بهذا النسب .

ابن الزوجة التي يدعي أنها أمه ، وإن ثبتت الأمومة بثبوت أن الولد الذي هو منها ليس من زوجها انتفى النسب وأحكامه عن الولد . راجع بند 341 مدني ، وبند 256 محاكمات [1] .

101 ** نفي النسب عن الأم أو الأب يكون بالعجز عن إثباته شرعًا لا غير [2] ، وإن ثبتت أمومة الولد من امرأة دون / أبوته ثبت نسبه من أمه فقط ، ويتوارثان [3] ، [4] 35/ب وغيره من أولادها ، إخوته لأم . فالبند إنما يوافق المذهب في نفي نسب الولد من جهة أبيه .

بند 328 – إقامة دعوى نسب الولد لا تفوت بالمدة الطويلة إذا كان الولد هو المدعي . راجع بند 2226 ، وبند 2262 مدني [5] .

102 ** لم نجد في كتب المذهب ما يخالف هذا البند ، بل المستفاد من عبارة المختصر وشرح الدردير وحاشيته في مبحث الدعوى استفادة واضحة موافقته [6] .

بند 330 – للوارث أن يتمم إقامة الدعوى التي شرع فيها الولد المورث ، ما لم يكن الولد تنازل عن ذلك تنازلًا صحيحًا ، أو قصر في طلب إتمامها ، وفات من ذلك ثلاث سنوات ، ابتداؤها من آخر محضر عمل في تحقيق الدعوى . راجع بند 317 ، وبند 318 ، وبند 724 ، مدني وبند 397 محاكمات [7] .

103 ** قواعد الشرع لا تأبى صدر هذا البند إلى قوله : أو قصر ، فالبند موافق للشرع من حيث صدره .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 75/1 .

(2) قاعدة : نفي النسب عن الأم أو الأب يكون بالعجز عن إثباته شرعًا لا غير .

(3) قاعدة : إن ثبتت أمومة الولد من امرأة دون أبوته ثبت نسبه من أمه فقط ويتوارثان .

(4) قوانين الأحكام الشرعية 429 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 75/1 .

(6) هذا مستفاد من قولهم : إن القاضي لو ادعى أخذ عنده بينة ليثبت أمرًا ما أنظره ليأتي به « أي أعجزه » فإن أتى به في المدة المطلوبة حكم له به ، وإلا فلا ، وهذا في غير خمس مسائل إحداها : النسب ؛ فمن ادعى أنه من ذرية فلان وأن له بينة وعجز عن إقامتها ، فلا يحكم بنفي نسبه الآن ،. بل له ذلك متى أثبته ، فإن حكم القاضي بنفي نسبه كان حكمه غير ماض ، وللمدعي القيام بذلك متى وجدها » الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 150/4 ، قوانين الأحكام الشرعية 312 .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 76/1 .

الباب الثالث [1]

« في أولاد السفاح »

الفصل الثاني

في إقرار الولدين بأولادهم من السفاح

بند 341 – طلب الولد تحقيق انتسابه لأم جائز راجع بند 335 مدني ، فالولد الذي يدعي أن فلانة أمه لابد أن يثبت أنه هو ذاته ولدها ، الذي وضعته هي بعينها ، ولا يقبل
36/أ منه إثبات ذلك إلا / ببينة ، وأن يكون قد سبق في شأن ذلك كتابة تدل على مدعاه وتؤيدها البينة . راجع 1347 مدني ، وبند 252 وما بعده أقضية ومحاكمات [2] .

104 ** قواعد المذهب تقتضي أن من ادعى أمومة امرأة ونازعته الورثة ؛ فعليه إثبات الأمومة ببينة شرعية تشهد بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم أنه [3] ابنها [4] ، ولا حاجة لزيادة على ذلك . فالبند إنما يوافق المذهب في جواز طلب الولد لتحقيق انتسابه للأم بالبينة الشاهدة بأصل الأمومة فقط .

الكتاب الثامن

في التبني [5] والكفالة الخيرية

الكتاب التاسع

في ولاية الأبوين [6]

بند 371 – أيًّا ما كان سن الولد يجب عليه احترام وبر والديه . راجع بند 1388 [7] .

---

(1) لم يتناول المصنف الفصل الأول والبنود 331 إلى 340 ، 342 من القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) المرجع السابق 78/1 .

(3) قاعدة : من ادعى أمومة امرأة نازعته الورثة ، فعليه إثبات الأمومة ببينة شرعية تشهد بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم أنه ابنها .

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 170/4 .

(5) لم يعلق الشيخ مخلوف المنياوي على البنود من 343 إلى 370 ، ولعل ذلك لحرمة التبني في الإسلام ، يقول الحق – تبارك وتعالى – : ﴿ ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورًا رحيمًا ﴾ سورة الأحزاب – آية رقم 5 .

(6) لم يتناول المصنف البنود 373 ، 376 إلى 386 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 84/1 .

105 ** لا يخفى موافقة هذا البند للكتاب والسنة .

بند 372 – يكون الولد تحت ولاية أبيه إلى بلوغه سن الرشد ، أو إلى خروجه من الحجر عليه ، راجع بند 476 وبند 488 وبند 1388 مدني [1] .

106 ** الصبي محجور عليه لأبيه أو وصيه ؛ إن كان وإلا فالحاكم إن كان ، وإلا فجماعة المسلمين إلى بلوغه من حيث نفسه ، وأما من حيث ماله فذو الأب محجور عليه إلى حفظ ماله بعد البلوغ ، فيحفظه / لماله ؛ بأن لا يصرفه في شهواته 36/ب
النفسية مع البلوغ يثبت رشده ، وذو الوصي ومقدم القاضي محجور عليه إلى أن يفك الحجر عنه الوصي أو المقدم [2] ؛ بأن يقول أحدهما للعدول : اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان محجوري وأطلقت له التصرف وملكت له أمره ؛ لما قام عندي من رشده وحفظه لماله ، وتمام الكلام في كتب المذهب [3] . فللبند مناسبة بالمذهب من حيث الحجر على الصبي ذي الأب إلى رشده [4] .

بند 374 – ليس للولد أن يترك منزل أبيه إلا بإذنه ، أو إذا أراد أن يتطوع بالانتظام في سلك العسكرية بعد تمام ثمان عشرة سنة . وراجع بند 108 مدني [5] .

107 ** تقدم أن الصبي محجور عليه بالنسبة لنفسه إلى بلوغه عاقلًا ؛ وحينئذٍ فليس له أن يذهب إلا حيث يأذن له من حجر عليه ممن تقدم ، بل إذا بلغ وخاف عليه الهلاك أو الفساد فله منعه من كل ما يؤدي إلى ذلك ، ومتى بلغ ثمان عشرة سنة فهذا نهاية علامات البلوغ ، فله أن يذهب حيث شاء بدون إذن ؛ إلا إذا خيف عليه ما ذكر ، فلمن حجر عليه منعه – فللبند مضاهاة للمذهب من حيث / 37/أ
منع الولد أن يذهب حيث شاء بدون إذن من حجر عليه ، ومن حيث جواز ذهابه للعسكرية إذا لم يخف عليه الحاجر فسادًا أو هلاكًا .

بند 375 – إذا وقع من الولد ما يغضب والده من عدم الاستقامة ؛ فله تأديبه بما يراه موافقا من طرق التأديب الآتية [6] .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 85/1 .

(2) قاعدة : ذو الوصي ومقدم القاضي محجور عليه إلى أن يفك الحجر عنه الوصي أو المقدم .

(3) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى الغرناطي المالكي ص 331 ، 332 .

(4) قاعدة : يحجر على الصبي ذي الأب إلى رشده . (5 ، 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 85/1 .

108 ** للوالد أن يؤدب ولده الصغير على عدم الاستقامة بحسب حاله ، وهو من دخل في العاشرة دون الكبير ، كذا في الأجهوري والمدخل والمجموع ، فالبند إنما يوافق المذهب في أصل تأديب الصغير على عدم الاستقامة .

بند 387 – لا يسري حق التمتع بالانتفاع على المال الذي اكتسبه الولد من شغل أو حرفة خاصة به ، ولا على المال الموهوب له أو الموقوف عليه إذا اشترط الواهب أو الواقف أن لا يكون (للأبوين فيه [1]) حق الانتفاع ، راجع بند 389 وبند 1124 مدني [2] .

109 ** ليس للوالدين التسلط على إتلاف مال الولد بحال ، وإنما للأب البيع لما شاء من مال المحجور وإن لم يذكر سببه ؛ لحمل صنيعه على السداد والمصلحة للولد . فالبند إنما يناسب المذهب في أصل منع الانتفاع ، بقطع النظر عما فيه من التقييد .

الكتاب العاشر

« في قصور الأولاد والولاية عليهم وهي كفالتهم وفي خروجهم من حجر القصور بمأذونيتهم في التصرفات »

الباب الثاني [3]

في الولاية ومنها الكفالة

الفصل الأول

في ولاية الأبوين

37/ب **بند 389** – الأب حال زواجه بأم القاصر والمتصرف فيما يملكه القاصر عليه / ضمان الأعيان وريعها مما تتيح له الأحكام الانتفاع بها ، كما أنه ضامن للأعيان التي تتيح له الأحكام حق الانتفاع بها . راجع بند 384 وما بعده مدني [4] .

110 ** المستفاد من المذهب أن الولي لا يضمن مال القاصر إلا إذا فرطه [5] ،

---

(1) في المخطوط لأبوين منه والأصح ما أثبتناه من نص تعريب القانون الفرنساوي المدني .

(2) المرجع السابق 87/1 .

(3) لم يتناول المصنف الباب الأول وعنوانه في القاصر بند 388 ، البند 390 ، و 392 إلى 396 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 88/1 .

(5) قاعدة : الولي لا يضمن مال القاصر إلا إذا فرطه .

وبدون التفريط لا ضمان [1] .

فالبند إنما يناسب المذهب في أصل الضمان ، لكنه في الشرع مقيد بالتفريط وفي البند مطلق .

بند 391 – يجوز للأب بالوصاية إقامة مستشار للأم إذا انتقلت إليها الولاية بوفاته ، فحينئذٍ ليس لها أن تتصرف في شيء بدون استشارة منه أو وصي الأب باستشارته ، فإذا نص الموصي في الوصية على أنواع التصرفات التي لابد من استشارة المستشار فيها ؛ فللأم أن تستقل برأيها في التصرفات فيما عدا المنصوص عليه [2] .

111 ** [لا ولاية للأم بذاتها [3]] ، بل يصح كونها وصية وتكون لها الولاية حينئذٍ بإيصاء الأب ، وله أن يقيمها وصية بانفرادها ، وأن يضم لها وصيًّا آخر ، وتحمل حالة الضم على قصد التعاون ؛ فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح أو غير ذلك بدون صاحبه إلا بتوكيل منه ، أما إن قيد الموصي في وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد عمل به ، ولو أوصى / لها وحدها وجعل آخر ناظرًا أو مشرفا عليها فإنما لذلك المشرف المشورة والنظر ، وليس له رد السداد من تصرف الوصي ولا نزع المال منه ، كذا في الدردير وحاشيته [4] . فالبند يناسب المذهب من حيث إنه عند ولاية الأم قد يقام معها غيرها من وصي أو مشرف ، وأنه يعمل بالقرينة ؛ إن دلت على انفرادها بتصرف دون ذلك الغير [5] . 38/أ

الفصل الثاني

« في الولاية الموصى بها من طرف الأبوين وتسمى الوصاية » [6]

بند 397 – يجوز لأحد الأبوين الموجود على قيد الحياة بعد وفاة الآخر أن يقيم وصيًّا من الأقارب أو الأجانب على أولاده ؛ ليقوم بشؤنهم بعد موته ، راجع بند

(1) قوانين الأحكام الشرعية ص 332 وما بعدها . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 89/1 .

(3) قاعدة : لا ولاية للأم بذاتها . الشرح الكبير 292/3 [ولا ولاية للأم من حيث الحجر وإنما لها الحضانة] .

(4) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 300/3 ، 453/4 وما بعدها .

(5) قاعدة : عند ولاية الأم قد يقام معها غيرها من وصي أو مشرف ويعمل بالقرينة إن دلت على انفرادها بتصرف دون ذلك الغير .

(6) لم يتناول المصنف البنود في هذا الفصل 398 إلى 400 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة ولم يتناول المصنف الفصل الثالث « في ولاية الأجداد والجدات من جهة الأب والأم ، وبنوده 402 إلى 404 من تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 / 91 ، 92 ، 93 .

399 وبند 421 وبند 439 وبند 1055 مدني [1] .

112 ** إنما يوصى على المحجور عليه لصغر أو سفه أب رشيد ، أو وصى الأب ، أو وصى وصيه ، وللوصي حينئذٍ التصرف بالبيع والشراء والنكاح وغير ذلك ، وأما الأم فليس لها أن توصي على أولادها إلا بشروط ثلاثة : أن يقل المال الذي أوصت بسببه عرفا ؛ فلا وصية لها في نكاح ولا في كثير ، وأن لا يكون للأولاد ولي من أب أو وصي أو مقدم ، وأن يكون المال القليل موروثًا عنها [2] ، وأما لو وهبت مالًا لأولادها الصغار أو تصدقت
38/ب به عليهم فلها أن تجعل ناظرًا / على ذلك من شاءت ، سواء كان المال قليلًا أو كثيرًا ؛ ولو كان للأولاد أب أو وصي [3] وتمام الكلام في كتب المذهب ، فالبند يناسب المذهب في مجرد جواز إقامة كل من الأب والأم وصيًا بقطع النظر عن موضوع البند .

بند 401 – الوصي الذي نصبه الأب أو الأم مخير في قبول الوصاية ؛ ما لم يكن من الأشخاص المجبورين على القبول بمجرد انتخابهم لذلك بمعرفة مجلس العائلة عند عدم نصب وصي خصوصي بمعرفة أحد الأبوين . راجع بند 427 وما بعده وبند 432 مدني [4] .

113 ** للوصي القبول والرد في حياة الموصي ؛ لأن عقد الوصية غير لازم من الطرفين ، فللموصي عزله بغير موجب ، وأما بعد القبول وموت الوصي فليس له عزل نفسه [5] . فصدر البند مناسب للمذهب في تخيير الوصي في قبول الوصاية مع كون التخيير مقيدًا في المذهب بما ذكر .

الفصل الرابع

« في نصب الوصي بمعرفة مجلس العائلة » [6]

بند 418 – يباشر الوصي المصلحة من يوم نصبه وصيًا إذا كان حاضرًا بمحل الواقعة ، وإلا فمن يوم إشعاره بذلك . راجع بند 450 وما بعده مدني وبند 882 وما بعده محاكمات [7] .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 90/1 .
(2) الشرح الكبير على مختصر خليل 452/4 .
(3) أفاده الدسوقي في حاشيته 452/4 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 90/1 .
(5) قاعدة : للوصي القبول والرد في حياة الموصي ، أما بعد القبول وموت الوصي فليس له عزل نفسه .
(6) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 405 إلى 417 وكذلك الفصل الخامس في نصب الناظر الحسبي ويسمى القيم الحسبي وبنوده 420 إلى 426 من تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 95/1 ، 96 في المقارنة .
(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 94/1 .

114 ** المستفاد من المذهب أن الوصي إنما له التصرف بعد القبول وموت الموصي ؛ فإن لم يعلم بأنه أوصاه إلا بعد موته وقبل فتصرفه إنما ينفذ من وقت [1] القبول . فالبند / يناسب المذهب في جواز تصرف الوصي عند علمه ، مع تقييد المذهب 39/أ لتصرفه بالقبول بعد الموت .

بند 419 – الوصاية وظيفة ذاتية لا تتوارث ؛ فلا تنتقل لورثة الوصي بموته ، وإنما ينتقل إليهم ضمان حركة إدارة مورثهم ، وإذا كانوا راشدين وجب استدامة إدارة المصلحة بمعرفتهم إلى نصب وصي آخر خلفا عن أبيهم . راجع بند 724 وبند 1370 مدني [2] .

115 ** يستفاد من المذهب موافقة البند له بصدره وسيأتي لذلك بعض تفصيل في الكلام على بند 1032 .

الفصل السادس

« في أسباب وموانع المعافاة من الوصاية » [3]

بند 434 – ولا يجبر أيضًا على قبول الوصاية من به علة مثبتة تمنعه عن أداء ذلك ، وكذلك كل وصي طلب المعافاة من الوصاية ، إذا عرضت له علة ثقيلة تمنعه من القيام بمصلحة الوصاية [4] .

116 ** لا يجبر أحد على قبول الوصاية أصلًا ، وإذا طرأ على الوصي عجز عن القيام بمصالح المحجور انعزل به [5] كما هو مفاد المذهب فراجع كتبه [6] . فالبند

(1) قاعدة : الوصي له التصرف بعد القبول وموت الموصي ، فإن لم يعلم بأنه أوصاه إلا بعد موته وقبل فتصرفه إنما ينفذ من وقت القبول .

(2) المرجع السابق 95/1 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 427 إلى 433 ومن 435 إلى البنود 441 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(4) السابق 98/1 .

(5) قاعدة : لا يجبر أحد على قبول الوصاية وإذا طرأ على الوصي عجز عن القيام بمصالح المحجور انعزل به .

(6) جاء في الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 453/4 « وطُرُوّ الفسق على الوصي يعزله ؛ إذ تشترط عدالته ابتداءً ودومًا ، أي يكون موجبًا لعزله عن الوصية لا أنه ينعزل بمجرده فتصرفه بعد طروء الفسق وقبل العزل ماض » .
– وفي 455/4 من المرجع السابق ورد ما مؤداه : « وله » أي للوصي « عزل نفسه » من الإيصاء « في حياة الموصي » لأن عقدها غير لازم من الطرفين » اهـ .
– وأفاد الدسوقي – من علماء المذهب – أن طرو العجز عن القيام بمصالح الموصى عليهم موجب لعزل الوصي . « حاشية الدسوقي 456/4 » .

يوافق المذهب في أصل عدم الجبر وفي أصل الخروج عن الوصاية بطرّ العجز .

الفصل السابع

« في عدم الأهلية للوصاية بسبب الموانع التي لا تصح معها وفي العزل عنها » (1)

بند 442 – من ليس فيهم أهلية للوصاية ولا لتشكيل مجلس العائلة هم :

أولًا : القاصر مالم يكن تزوج وولد له في حال القصور .

ثانيًا : المحجور عليه . راجع بند 489 / مدني . 39/ب

ثالثًا : ما عدا الأمهات والجدات ، راجع بند 215 مدني .

رابعًا : كل من كان له أو لأبيه أو لأمه دعوى على القاصر بخصوص نسبة ، أو على أمواله كلها أو بعضها ، راجع بند 443 إلى بند 445 مدني (2) .

117 ** القاصر بمعنى الصبي ليس أهلًا للوصاية ، وكذا المحجور عليه لسفه ؛ لعدم العدالة ، أو الجنون لعدم التكليف ، وقال ابن رشد : يعزل الوصي إذا عادى المحجور ؛ إذ لا يؤمن عدو على عدوه في شيء من أحواله ، ذكره الدسوقي (3) . والظاهر أن العدواة هنا هي العداوة المانعة من الشهادة ، وهي البينة الواضحة الدنيوية ، كالمنازعة في مال أو جاه أو في معنى ذلك ، وهي التي تظهر التعصب وتحمل على الفرح بالنقيصة والغم بالسرور ، وكذا في كتاب الأبواب والفصول في أحكام شهادة العدول . فالبند يوافق المذهب في عدم أهلية الصبي والمحجور

---

(1) لم يتناول المصنف في الفصل السابع البنود 445 إلى 449 من تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 99/1 . (3) في حاشية الدسوقي 453/4 .

جاء في الشرح الكبير (صح أيصاء حرِ) لا رقيق ولا بشائبة (مميزٍ) لا مجنون وصغير وسكران غير مميز بين حال الإيصاء (مالكٍ) للموصي به ملكًا تامًا فمستغرق الذمة وغير المالك لا تصح وصيتهما (وإن) كان الحر المميز (سفيها أو صغيرًا) لأن الحجر عليها لحق أنفسهما فلو منعا من الوصية لكان الحجر عليها لحق غيرهما وهو الوارث . الشرح الكبير 422/4 جاء في حاشية الدسوقي (قوله وطر والفسق) أي بمعنى عدم العدالة فيما ولي فيه ومثل طر والفسق طرو العداوة ابن رشد يعزل الوصي إذا عادى المحجور إذ لا يؤمن عدو على عدوه في شيء من أحواله . حاشية الدسوقي 453/4 .

وجاء في حاشية الدسوقي (قوله ثم ذكر شروط الوصي) أي على المحجور عليه لصغر أو سفه وهذه الشروط كما تعتبر في الوصي على المحجور عليه تعتبر في الوصي على اقتضاء الدين أو قضائه . حاشية الدسوقي 452/4 .

للوصاية ، وكذا من له أو لأمه أو لأبيه دعوى على القاصر في مال أو غيره ؛ إن أدت هذه الدعوى إلى العداوة [1] بالوجه المتقدم .

بند 443 – كل من حكم عليه بعقاب فاضح يمنع من الوصاية بدون أن يكون له فيها حق أصلًا ، وإن كان منصوبًا وصيًّا قبل ترتب هذا العقاب وجب عزله وحرمانه منها . راجع بند 23 وبند 25 مدني وبند 7 وما بعده وبند 18 وبند 29 وبند 34 وبند 42 وبند / 43 جنايات [2] . 40/أ

118 ** إذا طرأ على الوصي عقاب أَعْجَزَه عن القيام بأمر الموصى عليه انعزل بسبب طروّ العجز [3] ، كما يقيده المذهب [4] ، فالعقاب لا يوجب عزلًا بذاته . فالبند يوافق المذهب في عزل الوصي بِطُرُوّ العقاب ، لكن لابد في المذهب أن يجر إلى العجز .

بند 444 – يمنع من الوصاية [5] الأشخاص الآتي ذكرهم ويجوز عزلهم منها إذا كانوا مقلدين بها ، وهم :

أولا : المتجاهرون بالفسق ، والمتظاهرون بالإسراف .

ثانيًا : من استبان فيه عدم الأهلية بسوء تدبير أشغال الوصية للوصاية ، وعدم الأمانة فيها بخيانة ، راجع بند 513 [6] .

119 ** من شرط الوصي أن يكون عدلًا فيما ولي عليه ؛ فلا يصح إيصاء فاسق ، ولا خائن ، ولا من يتصرف بغير المصلحة الشرعية ، وإذا طرأ فسق على الوصي بخيانة أو بتصرف بغير المصلحة الشرعية استوجب العزل [7] . فالبند يوافق المذهب في منع إيصاء المتجاهر بالفسق ، والمتظاهر بالإسراف ، ومن ليس له أهلية لسوء تدبيره ، ولا أمانة في مال المحجور عليه [8] ، وفي كون المذكورين يستوجبون العزل إذا طرأ عليهم ذلك .

(1) قاعدة : الصبي والمحجور ليسا أهلًا للوصاية وكذا من له أو لأمه أو لأبيه دعوى على القاصر في مال أو غيره إن أدق هذه الدعوى إلى العداوة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 100/1 .

(3) قاعدة : إذا طرأ على الوصي عقاب أعجزه عن القيام بأمر الموصى عليه انعزل بسبب طروّ العجز .

(4) أفاده الدسوقي في حاشيته 456/4 .

(5) هكذا في المخطوط ، وفي تعريب القانون الفرنساوي المدني 100/1 من نفس البند : يمنع من الولاية .

(6) المرجع السابق .

(7) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 452/4 وما بعدها .

(8) قاعدة : يمنع إيصاء المتجاهر بالفسق والمتظاهر بالإسراف ومن ليس له أهلية لسوء تدبيره ، ولا أمانة في مال المحجور عليه .

الفصل الثامن [1]

« في تصرف الوصي »

40/ب **بند 450** – يجب على الوصي الاعتناء بتربية القاصر / وإصلاح حاله وأن ينوب عنه في جميع العقود والمعاملات المدنية ، راجع بند 509 مدني . وأن يتصرف في أموال القاصر بما فيه الغبطة له ، كتصرف [2] الأب في أموال أولاده سواء بسواء ، وهو ضامن لما ينشأ من تصرفه من الخسارة والإتلاف ، راجع بند 373 أو بند 374 مدني ، ولا يجوز له أن يشتري لنفسه من أملاك القاصر شيئًا ، ولا أن يستأجرها لنفسه إلا بإذن مجلس العائلة بتفويض الناظر الحسبي في المعاقدة له ، ولا يجوز له أيضا أن ينقل إلى ذمته ما على القاصر من دين أو حق . راجع بند 907 وبند 1596 مدني [3] .

120 ** صدر البند موافق للمذهب بدون تقييد المعاملات بالمدنية ، وكذا قوله : وأن يتصرف إلى قوله بسواء مع تغيير الغبطة بالمصلحة ، ويكره للوصي أن يشتري شيئًا من التركة أو من مال الصبي بخصوصه ، فإن اشترى مما ذكر نظر الحاكم ؛ فإن وجد في شرائه مصلحة لليتيم ؛ بأن اشترى ذلك المبيع بقيمته أمضاه إلا رده ، أفاده الأجهوري والدسوقي في آخر الوصية عند قول المصنف : ولا اشتراه من التركة [4] ، وربما يستفاد من هذا أن حكم الاستئجار كحكم الشراء ، فقول البند : ولا يجوز له أن يشتري إلى قوله ثانيًا : لنفسه موافق للمذهب إن جعل عدم الجواز شاملًا للكراهة / [5] . 41/أ

بند 451 – يجب عليه في ظرف عشرة أيام من يوم نصبه وإشعاره وتوظيفه أن يطلب رفع ما على موجودات القاصر من الأختام ، وأن يستدعي بتحرير جرد ببيان إحصاء موجودات القاصر بحضور الناظر الحسبي . راجع بند 928 إلى بند 940 محاكمات . وإذا كان للوصي دين على تركة القاصر لابد من بيانه في القوائم

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 452 ، 454 إلى 446 ، 458 ، 459 ، 461 إلى 463 ، 466 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) هكذا في المخطوط ، وفي تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 101/1 من نفس البند الغبطة كمتصرف .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 101/1 .

(4) ذكره الدسوقي بنصه في حاشيته 445/4 .

(5) وعلّل الشيخ الدردير : عدم اشتراء الوصي لنفسه شيئًا من التركة ، بأن الوصي يتهم على المحاباة لنفسه ، وقيل : يكره الشراء ، اهـ . الشرح الكبير للدردير 455/4 .

المذكورة وإن لم يذكره فلاحق له في دعواه ، ولابد من تذكاره بذلك بمعرفة المندوب المأذون بالتوثيق والشهادة على الجرد والإحصاء ، ولابد من ذكر ذلك في صلب محضر الجرد . راجع بند 941 وبند 942 محاكمات [1] .

121 ** على الوصي أن يشهد ليتيمه بحاله الكائن بيده ؛ فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه [2] . نقله الدسوقي عند قول المصنف آخر الوصية : والنفقة على الطفل بالمعروف [3] .

فالبند يوافق المذهب في مطلق طلب بيان موجودات القاصر .

بند 453 – ما دام للوالدين [4] الحق في الانتفاع بمتعلقات ابنهما القاصر فلا يلزمهما بيع الأمتعة ؛ إذا اختار حفظها لاسترداد أعيانها . راجع بند 384 مدني . وفي هذه الحالة عليهما أن يحررا كشفًا بتقويمهما بإطلاع أحد أرباب الخبرة وبمعرفة الناظر الحسبي ، وما ينصرف على التقويم من خاصة مالهما ، وعلى المقوم أن يحلف يمينًا أمام ناظر القسم أن يسعرها بقيمتها الصحيحة ؛ فإذا أتلف الأبوان شيئًا من ذلك دفعا قيمته وقت التسليم / . راجع بند 1063 مدني [5] . 41/ب

122 ** إن أتلف الأبوان شيئًا من مال الصغير ضمنا قيمته يوم التلف [6] ، وكذا إن تلف منه شيء بتفريط الأب . فقول البند : فإذا أتلف إلخ ... موافق للمذهب في دفع القيمة بالإتلاف [7] ، لكن لا يقيد وقت التسليم لما علمت .

بند 457 – لا يجوز للوصي ولو من الأبوين أن يقترض من القاصر ، ولا أن يبيع أو يرهن عقاره بدون استئذان مجلس العائلة ، ولا يعتبر إذن هذا المجلس في

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 101/1 ، 102 .

(2) قاعدة : على الوصي أن يشهد ليتيمه بحاله الكائن بيده فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه .

(3) نص عبارة الدسوقي هي : « وله النفقة على الطفل » أي « وليس لوارث الطفل أن ينكشف على ما بيد الوصي ويأخذ وثيقة بعلم عدده عليه محتجًا بأنه إذا مات صار المال إليه ؛ فلا مخاصمة له في ذلك مع الوصي ، وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بماله الكائن بيده ؛ فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم لبيانه » حاشية الدسوقي 454/4 .

(4) هكذا في الأصل ، وفي تعريب القانون الفرنساوي المدني 102/1 « ما دام للأبوين » .

(5) المرجع السابق .

(6) قاعدة : إن أتلف الأبوان شيئًا من مال الصغير ضمنا قيمته يوم التلف .

(7) أفاد الدسوقي أن : « ما أسرف من مال اليتيم ضمانه من الوصي بمجرد الإتلاف » . حاشية الدسوقي 454/4 .

ذلك إلا في إحدى حالتين ، **الأولى** : حالة الضرورة الكلية . **الثانية** : فيما إذا كان هناك في التصرف في ذلك غبطة ظاهرة للصبي ، وفي الحالة الأولى : لا يجوز للمجلس المذكور أن يأذن فيما ذكر إلا إن تحقق له موجب بقدر الحسابات الإجمالية من الموصي أن نقدية القاصر وموجوداته وإيراداته ليست كافية لإدارة مصلحته ، وفي كلتا الحالتين يجب على مجلس العائلة أن يعين من العقار ما هو أولى منها بالبيع للوفاء بإدارة مصلحة القاصر مع اشتراط ما يلزم اشتراطه من الشروط النافعة . راجع بند 460 وبند 470 وبند 509 وبند 1312 وبند 1314 وبند 1596 وبند 2126 مدني وبند 954 محاكمات وبند 2 وبند 6 تجاري [1] .

42/أ **123** ** تسلف الوصي من مال الصغير قيل بالترخيص / فيه ؛ إذا كان له مال فيه وفاء ، نقله الدسوقي [2] . وللوصي بيع عقاره بسبب من الأسباب المسوغة المنصوصة في باب الحجر ، منها : الحاجة والغبطة ، أي زيادة الثلث فأكثر عن ثمن المثل من مال حلال ، وله رهنه متى كان فيه مصلحة [3] . فالبند يوافق المذهب في عدم جواز التسلف من مال القاصر إذا لم يكن للمسلف مال فيه وفاء [4] ، وفي أصل جواز بيع عقار الصغير ورهنه مع اختلاف القيود بين البند والمذهب .

بند 460 – لا تجب الشروط المدونة المرخصة [في بند 456] [5] لجواز بيع أملاك القاصر في حالة ما إذا كان له شريك في عقار لا يقبل القسمة وطلب الشريك مبيعه بالمزاد ، ففي خصوص هذه العادة يقع المزاد فيه العام على الوجه المذكور في البند السابق فقط ، ويرخص لغير الشريك ممن يرغب المزايدة ، راجع بند 822 وما بعده وبند 839 مدني [6] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 103/1 .

(2) هذا قول حاشية الدسوقي 455/4 حيث جاء في حاشية الدسوقي (قوله لمن يعمل به قراضًا إلخ) أي ولو كان عمل القراض أو شراء البضاعة لا يحتاج لسفر في البر أو البحر ولا يجوز للوصي تسليفه لأحد على وجه المعروف ولو أخذ رهنا إذ لا مصلحة لليتيم في ذلك وأما تسلف الوصي نفسه فقد قيل بالترخيص فيه إذا كان له مال فيه وفاء ... حاشية الدسوقي 455/4 .

(3) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 302/3 وما بعدها .

(4) قاعدة : لا يجوز التسلف من مال القاصر إذا لم يكن للمسلف مال فيه وفاء .

(5) ساقطة من المخطوط وتم إضافتها بناء على ما جاء في تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 105/1 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 104/1 .

124 ** إذا أراد شريك الصبي بيع نصيبه في عقار لا ينقسم ولا مال للصبي يشتري به حصة الشريك ، جاز للوصي بيع حصته بدون ضرورة ولا غبطة ، كما في المصنف وشراحه من الحجر [1] . فالبند بصدره يوافق المذهب في عدم وجوب الشروط المذكورة في الحالة المذكورة بقيد كون الصبي لا مال له .

بند 464 – ليس [للوصي] [2] أن يتداعى مع أحد لإثبات / حقوق عقار 42/ب القاصر ، ولا أن يرضى (بإجابة من تداعى معه) [3] في شأن ذلك بدون استئذان مجلس العائلة . راجع بند 1125 مدني وبند 63 تجاري [4] .

125 ** للوصي أن يخاصم عن القاصر فيما له وعليه ، كما يفيده الكلام الآتي على بند 467 بدون توقف على استئذان أحد [5] . فالبند يوافق المذهب في أصل تداعي الوصي لإثبات حقوق عقار القاصر ، بقطع النظر عن قيد الاستئذان .

بند 465 – إذا اقتضت مصلحة القاصر قسمة التركة ببيان نصيبه ؛ فعلى الوصي أن يستأذن مجلس العائلة في ذلك ، ولكن إذا توجهت على القاصر دعوى في شأن القسمة

(1) الشرح الكبير على مختصر العلامة خليل « المصنف » 303/3 .
حيث جاء في حاشية الدسوقي (قوله فلا يباع) أي فلو كان نفع الموظف مثل نفع الحالي فالظاهر كما قال حلولو التمسك بالأصل وعدم بيعه إلا لمانع آخر (قوله أو لكونه حصة) أي أمكن قسمها أم لا أراد شريكه البيع أم لا والحال لليتيم مالًا (قوله أو قلت غلته) أي فيباع ويستبدل له ماله غلة كثيرة (قوله وأولى إذا لم يكن له غلة) أي فيباع ويستبدل عقارًا له غلة (قوله فيستبدل خلافه) ظاهرة ولو كان ذلك الخلاف غير عقار لكن كلام الشيخ سالم السهوري يقتضي تخصيصه بالعقار (قوله حتى ما يباع لغبطة) أي فيجب الاستبدال فيها على ما قاله الغرناضي وهو المعتمد كما قال شيخنا خلافًا لمن قال بعدم وجوب الاستبدال فيها كالبيع لحاجة .... (قوله فيما لا ينقسم) أي وإلا قسم لليتيم حصته ولا تباع حينئذ . حاشية الدسوقي 303/3 .
وجاء في الشرح الكبير قوله (وإنما يباعُ عقاره) أي اليتيم الذي لا وصي له وباع الحاكم بشروط المتقدمة أوله وصى على أحد المشهورين المتقدمين (لحاجة) كنفقة أو وفاء دين لا قضاء له إلا من ثمنه (أو غبطة) بان زيد في ثمن مثله الثلث فأكثر من ماله حلال (أو لكونه موظفا) أي عليه خراج أي حكر فيباع يبدل بما لا حكر عليه إلا أن يكون الموظف أكثر نفعًا فلا يباع (أو) لكونه (حصة) فيستبدل به غيره كاملًا للسلامة من ضرر الشركة (أو قلت غلته) وأولى إذا لم يكن له غلة (فيستبدل) أي فيباع ليستبدل له (خلافه) الشرح الكبير 303/3 .
(2) في الأصل « الصبي » وعدلت بناءً على ما جاء في تعريب القانون الفرنساوي المدني 105/1 .
(3) هكذا في المخطوط ، وفي تعريب القانون الفرنساوي المدني 105/1 من نفس البند ، بإجابه التداعي معه .
(4) المرجع السابق .
(5) قاعدة : للوصي أن يخاصم عن القاصر فيما له وعليه بدون توقف على استئذان أحد .

جاز للوصي إجابة ذلك بدون استئذان . راجع بند 460 وبند 415 وما بعده مدني [1] .

126 ** للوصي قسمة التركة وإفراز نصيب القاصر ، وإن توجهت على القاصر دعوى خاصم عنه الوصي ، فالبند يوافق المذهب في توزيع إفراز نصيب القاصر بالقسمة ، وفي أصل المخاصمة عن القاصر في الدعوى عليه .

بند 467 – لا يجوز للوصي المصالحة عن الموصى عليه إلا بإذن مجلس العائلة ، وبعد استشارة ثلاثة من أهل المعرفة بالأحكام يعينهم وكيل الملك بمحكمة القسم .

43/أ راجع بند 1304 وبند 1312 وبند 1314 وبند 2044 وبند 2045 مدني وبند 63 / تجارى ، ولا تعتبر المصالحة صحيحة إلا بإقرار المحكمة المذكورة عليها بعد سماع رأي وكيل الملك . راجع بند 885 وما بعده وبند 1004 محاكمات وبند 76 وبند 78 تعريفه [2] .

127 ** للوصي الصلح في الدعوى للمحجور عليه كما بسطه الحطاب أواخر باب الوصية [3] ، ولا يتقيد بإذن [4] – فالبند موافق للمذهب في أصل جواز صلح الوصي .

بند 468 – إذا شهد الوصي من الصبي إساءة السلوك والخروج عن عادة أمثاله شكاه لمجلس العائلة ؛ فإذا رخص له هذا المجلس بالتماس حبسه لتأديبه التمس ذلك وأجراه على الوجه المنصوص في كتاب ولاية الأبوين . راجع بند 376 وما بعده مدني [5] .

128 ** للوصي تأديب الصبي إذا استحق ذلك [6] ، كما أفاده عبد الباقي في الحضانة عند قول المصنف : وللأب تعاهده [7] إلخ ، فالبند يناسب المذهب من حيث إن الوصي دخلها في التأديب .

---

(1) المرجع السابق . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 106/1 .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب 402/6 .

« قال في نوازل أصبغ : سألت ابن القاسم عن الوصي أيصالح عن الأيتام ؟ قال : نعم إن رآه نظرًا ، قال ابن رشد : وقعت هذه المسألة في بعض الروايات ، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه عن الأيتام فيما يراه نظرًا فيما طلب له وطلب به ؛ بأن يأخذ البعض ويترك البعض إذا خشي أنه لا يصلح له ما ادعاه ، أو يعطى من ماله بعض ما يطلب إذا خشي أن يثبت عليه جميعه وهو له » .

(4) قاعدة : للوصي الصلح في الدعوى للمحجور عليه ولا يتقيد بإذن .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 106/1 . (6) قاعدة : للوصي تأديب الصبي إذا استحق ذلك .

(7) قال المصنف في مختصره : « وللأب تعاهده عند أمه وأدبه » . مختصر خليل مع الشرح الكبير 527/2 . وعلق الدسوقي ذلك بما مؤداه : « وقوله : وللأب تعاهده » أي النظر في شأنه ، « وقوله : وأدبه : أراد بالأدب التأديب » . حاشية الدسوقي 527/2 .

الفصل التاسع (1)

« في محاسبة الوصي »

بند 469 – الوصى ضامن لحركة مصلحة الصبي القاصر ومطلوب بالمحاسبة عليه عن انتهائها . راجع بند 480 وبند 488 وبند 2121 وبند 2135 وما بعده وبند 126 وبند 527 وما بعده وبند 905 محاكمات وبند 613 تجارى (2) .

129 ** معلوم أن الوصي يلزمه التصرف للمحجور عليه بالمصلحة الشرعية (3) ، وقد تقدم أن الوصي عليه أن يشهد ليتيمه بماله الكائن بيده ، فإن أبى من ذاك أخذه الحاكم ببيانه (4) ، وذلك يقتضي أنه مطلوب بالمحاسبة فيما بيده عند الانتهاء بزوال الحجر . فالبند برمته موافق للمذهب عند انتهاء الوصية / . 43/ب

بند 471 – مصاريف قطع محاسبة الوصي [عند انتهاء الوصية] (5) تكون من أموال مصلحة القاصر الذي صار رشيدًا ، أو انفك حجره ، وإنما تصرف من طرف الوصي مقدمًا ، ويحاسب بها ويستوفيها من الرشيد أو مفكوك الحجر ، ويقبل من الوصي كل ما أثبت أنه صرفه في محله للمصلحة . راجع بند 476 إلى بند 480 وبند 488 مدني وبند 527 وما بعده وبند 1004 محاكمات (6) .

130 ** في المختصر وشرح الدردير أن أجرة توفية الثمن إذا كان مما يكال أو يوزن أو يعد في الإقالة والتولية والشركة على المقال والمولى والمشرك بالفتح ، لا على فاعل ما ذكر ؛ لأنه فعل معروفًا (7) . قال الدسوقي : فلا يضر بإلزامه

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 470 ، 472 ، 474 ، 475 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 106/1 .

(3) قاعدة : الوصي يلزمه التصرف للمحجور عليه بالمصلحة الشرعية .

(4) حاشية الدسوقي 454/4 .

(5) ساقطة من المخطوط تم إضافتها من تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 107/1 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 107/1 . (7) الشرح الكبير على مختصر خليل 144/3 وما بعدها . جاء في الشرح الكبير (بقبض كموزون ومعدود) فإنه يضمنه البائع إلى أن يقبضه المشترى بالوزن أو العدد والأجرةُ) للكيل أو الوزن أو العد الحاصل به التوفية (عليه) أي على البائع إذ لا تحصل التوفية إلا بذلك حيث لم يكن شترط أو عرف بخلافه كما أن أجرة الثمن إذا كان مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا على المشترى لأنه بائع له بخلاف الإقالة والتولية والشركة ، فلا أجرة على فاعلها لأنه فعل معروفًا وإنما هي على المقال والمولى =

الأجرة اهـ [1] . والوصي قد فعل معروفًا مع المحجور فلا يضر بإلزامه الأجرة ، وإذا تنازع الوصي مع المحجور السفيه ، أو مع الصبي بعد بلوغه كما أفاد الحطاب ؛ في القضاء ذلك عند قول المصنف : « ثم مدعى عليه إلخ » [2] في قدر النفقة أو في أصل الإنفاق أو فيهما وقد كان الصبي في حضانته وأشبه الوصي فالقول له بيمينه ؛ لأنه أمين لا إن لم يكن في حضانته وتنازع معه في ذلك ؛ فليس القول له ، بل لابد من بينة ، كما لا يقبل قوله إذا لم يشبه أو لم يحلف . فالبند يوافق المذهب في كون أجرة الحاسب المحتاج إليه عند انتهاء الوصية ، أو غير ذلك تكون على 44/أ الصبي [3] ، وفي أصل قبول قول الموصي في قدر النفقة [4] ، وفي كون / ما ذكره من النفقة يحتاج فيه للإثبات ؛ إذا لم يكن الصبي في حضانته مع التقييد في المذهب بالنفي المذكور .

بند 473 – إذا حدث من الاطلاع على المحاسبات مناقضة ولزم التداعي فيها كانت كغيرها من الدعاوى المدنية المعتادة [5] .

131 ** البند موافق للمذهب ، غير أنه لم نعلم موافقة التقييد بالمدنية .

الباب الثالث [6]

« في الخروج من الحجر ومأذونية التصرف »

بند 476 – زواج القاصر مخرج له من الحجر ، راجع بند 144 وبند 485 وبند 486 وبند 1398 مدني [7] .

= والمشرك بالفتح (على الأرجح) فالحاصل أن الأجرة على مسائل ما ذكر لا على مسئولها وجاء في حاشية الدسوقي (قوله كما أن أجرة الثمن أي أجرة كيله أو وزنه أو عده (قوله على فاعلها) أي وهو البائع أعني المقيل والمولى والمشرك بالكسر (قوله لأنه فعل معروفا) أي فلا يضر بإلزامه الأجرة (قوله على سائل ما ذكر) أي سائل الإقالة والشركة وهو المقال والمولى والمشرك بالفتح . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 144/3 ، 145 .

(1) حاشية الدسوقي 145/3 .

(2) راجع بمعناه في مواهب الجليل للحطاب على مختصر خليل 126/6 وما بعدها والشرح الكبير 144/4 .

(3) قاعدة : أجرة الحاسب المحتاج إليه عند انتهاء الوصية أو غير ذلك تكون على الصبي .

(4) قاعدة : يقبل قول الموصى في قدر النفقة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 107/1 .

(6) لم يتناول المصنف البنود 479 ، 480 ، 482 إلى 485 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(7) المرجع السابق 108/1 .

132 ** الحجر على الصبي بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط ، وبالنسبة لماله لبلوغه مع حفظ ماله بعده ؛ إن كان ذا أب [1] ، ومع فك الوصي والمقدم على الوجه السابق في الكلام على بند 372 إن كان ذا وصي أو مقدم ، ويزاد على الحفظ والبلوغ في خروج الأنثى البكر عن حجر الأب وعليهما ، والفك في خروج ذات الوصي أو المقدم دخول الزوج بها ، وشهادة العدول على صلاح حالها ؛ فإن لم يدخل بها فهي على الحجر ولو شهد برشدها ، كذا في المختصر وشرح الدردير [2] . فأفاد أن الأنثى ولو صغر سنها عن الإحدى وعشرين سنة واتصفت بما ذكر لا ينفك عنها الحجر حتى يدخل / بها الزوج ؛ فدخول الزوج بالأنثى القاصرة عن إحدى 44/ب وعشرين سنة مع الأوصاف المذكورة يفك عنها الحجر . فالبند موافق للمذهب من حيث الأنثى ، مع اعتبار المذهب لقيد دخول الزوج واتصافها بالأوصاف المذكورة .

بند 477 – يخرج القاصر ولو غير متزوج من الحجر بإذن أبيه أو أمه عند فقده إذا بلغ خمس عشرة سنة كاملة ، وإنما يكون خروجه من الحجر في هذه الحالة بإذن أبيه أو أمه بين يدى قاضي الخط أو نائبه [3] .

133 ** الصبي متى بلغ رشيدًا خرج من حجر أبيه [4] ؛ فلا يحتاج لفك مالم يكن أبوه حجر عليه قبل الرشد وبعد البلوغ وأشهد على ذلك ، بل ظاهر التوضيح ولو قبله ؛ فحينئذٍ لا يخرج من الحجر إلا بالفك ، قاله العدوي . فالبند يوافق المذهب في ولد ذكر حجر عليه أبوه قبل البلوغ وأشهد على ذلك أو بعده ؛ فإنه لا يخرج

---

(1) قاعدة : الحجر على الصبى بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط ، وبالنسبة لماله لبلوغة مع حفظ ماله بعده ، إذا كان ذا أب .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير قوله (وزيد في الأنثى) المحجورة على ما تقدم من حفظ المال في ذات الأب وفك الوصى والمقدم (دخول زوج بها وشهادة العدول) اثنين فأكثر (على صلاح حالها) أي حسن تصرفها فإن لم يدخل فهي على الحجر ولو شهد برشدها ومجرد الدخول كاف في ذات الأب (ولو جدّد أبوها حجرًا) عليها ولا عبرة بتحديده على الأرجح . الشرح الكبير 298/3 – وكذا في مواهب الجليل 67/5 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 108/1 .

(4) جاء في حاشية العدوي (قوله وهو إذا حجر عليه) حاصله كما أفاده بعض الشراح أن الصبي متى بلغ رشيدًا خرج من حجر أبيه ولا يحتاج لفك ما لم يكن أبوه حجر عليه قبل الرشد وأشهد على ذلك وهذا ظاهر إذا كان بعد البلوغ بل وظاهر التوضيح ولو قبله فإذا حصل ما ذكر فلا يخرج من الحجر إلا بالفك – الخرشي وبهامشه حاشية العدوي 294/5 .

من الحجر إلا بفك أبيه سواء بلغ خمس عشرة سنة أو أقل أو أكثر .

بند 478 – فإن كان القاصر يتيمًا كان فك حجره بعد ثمان عشرة سنة إذا وجد فيه مجلس العائلة أهلية التصرف ، وفي هذه الحالة يكون رئيس ذلك المجلس قاضي الخط ؛ فيعلن فك الحجر بقوله : لا حجر على هذا الصبي . راجع بند 416 مدني وبند 883 محاكمات / [1] . 45/أ

134 ** من ليس له أب وإنما له وصي أو مقدم لا ينفك الحجر عنه إلا بفك الوصي أو المقدم [2] . [3] مع باقي الأوصاف السابقة في الكلام على بند 476 . فلهذا البند شائبة مناسبة بالمذهب في توقف الخروج عن الحجر على الفك فيمن كان قاصرًا يتيمًا بدون تقييد بزمن في المذهب .

بند 481 – يجوز للقاصر الخارج عن الحجر أن يستدين دينًا بميعاد لا يتجاوز تسع سنين ، ويحرر سندات عليه لهذا الميعاد ، وله أن يستلم بنفسه إيراد أملاكه بتحرير سندات الإيصال بإمضائه ، وله أن يعقد شروط المعاملات المعتادة التي تكون محض أخذ وإعطاء ، مثل عقد من بلغ سن الرشد سواء بسواء . راجع بند 484 وبند 838 وما بعده وبند 907 وبند 935 وبند 1030 وبند 1305 وبند 1718 وبند 990 وبند 2206 مدني [4] .

135 ** من لا حجر عليه ولو كان سنه أقل من إحدى وعشرين سنة يتصرف في أمواله كيف شاء ، ولا يمنع من تصرف شرعي كما هو معلوم . فالبند يوافق المذهب في أصل جواز تصرف من خرج عن الحجر ، سواء بلغ السن المذكور أم لا .

45/ب **بند 486** – بمجرد عود القاصر إلى الحجر تعود / الوصاية عليه كما كانت ، وتجرى عليه أحكامها إلى حين بلوغ رشده بالسن المحدود . راجع بند 488 مدني [5] .

136 ** إذا فك الوصي أو المقدم الحجر عن محجور ، ثم بعد مدة عاد إلى فساد

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 108/1 .

(2) قاعدة : من ليس له أب وإنما له وصي أو مقدم لا ينفك الحجر عنه إلا بفك الوصي أو المقدم .

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 296/3 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 109/1 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 110/1 .

التصرف جدد القاضي الحجر عليه ، وعزل الوصي ونصب له مقدما [1] ، كما قد يستفاد من الحطاب عند قول المصنف : « وفك وصي أو مقدم » [2] . فالبند موافق للمذهب في أصل عود الولاية على المحجور إذا عاد إلى الحجر بعد فكه عنه .

بند 487 – القاصر الخارج عن الحجر المشتغل بالمعاملات التجارية تجري عليه أحكام البالغ الرشيد فيما يخص تجارته . راجع بند 1308 مدني وبند 2 وبند 3 وبند 6 تجاري [3] .

137 ⁂ من خرج عن الحجر وهو ابن أقل من إحدى وعشرين سنة يتصرف في ماله بسائر التصرفات الشرعية ، لا فرق بينه وبين من زاد عليها . فالبند موافق للمذهب في أصل إطلاق التصرف لغير المحجور عليه .

---

(1) قاعدة : إذا فك الوصي أو المقدم الحجر عن محجور ، ثم بعد مدة عاد إلى فساد التصرف جدد القاضي الحجر عليه، وعزل الوصي ونصب له مقدما .

عبارة الحطاب هي : « ... وقول الأب أو الوصي مقبول في ذلك ؛ فإن سقط ذكر ذلك وباع ماله وأفسده وقامت البينة أنه لم يزل سفيها قد بلغ إلى وقتهم هذا لزمته الولاية ، أو إن طلب ترشيد نفسه كلفه القاضي بإثبات رشده ، قال : فإذا ثبت ذلك أعذر للأب ورد فعله ، وعزل القاضي الوصي وجعل غيره عليه » . مواهب الجليل للحطاب 66/5 .

(2) جاء في الحاشية الدسوقي (قوله إلى حفظ) أي مع حفظ أي مع صيرورة ذى الأب حافظا لماله وحاصله أنه لما قدم أن الحجر على الصبي بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط ذكر أن الحجر عليه بالنسبة لماله يكون لبلوغه مع صيرورته حافظا لما له بعده فقط إن كان ذا أب أو مع فك الوصي والمقدم إن كان ذا وصى أو مقدم فذو الأب بمجرد صيرورته حافظًا للمال بعد بلوغه ينفك الحجر عنه وإن لم يفكه أبوه عنه كما جاء في الشرح الكبير قوله (إلى حفظ مال ذي الأب) وإن لم يفكه أبوه عنه (بعده) إلى بعد البلوغ وبحفظه لماله بأن لا يصرفه في شهواته النفسية مع البلوغ يثبت رشده (و) إلى (فكُّ وصيٍّ ومُقدَّمٍ) من قاضي . والحاصل إن ذا الأب لا يحتاج إلى فك من أبيه بخلاف ذي الوصي والمقدم فيحتاج إليه ولا يحتاج الفك منهما إلى إذن القاضي . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 296/3 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 110/1 .

الكتاب الحادي عشر [1]

« في الرشد والحجر ومجلس الرشد »

الباب الثاني

في الحجر

بند 489 – يحجر على البالغ الرشيد في حالة البله الدائم ، وفي حالة الجنون ولو متقطعًا . راجع بند 512 وبند 901 وبند 1124 وبند 1125 مدني وبند 890 إلى بند 896 محاكمات وبند 29 جنايات / وبند 147 إلى بند 120 حدود [2] . 46/أ

138 ** المجنون بصرع أو استيلاء وسواس ، سواء كان كل منهما مطبقا أو متقطعا ؛ محجور عليه من حين جنونه للإفاقة من جنونه ، بالغًا ، رشيدًا ، أو الذي يحجر عليه الأب أو وصيه إن كان وجن قبل بلوغه ، وإلا فالحاكم إن كان ، وإلا فجماعة المسلمين ، وأما المجنون بالطبع أي غلبة السواد فلا يفيق منه عادة ؛ فليس ممن ينتهي حجره للإفاقة . كذا في شرح الدردير وحاشيته [3] . أي فهو محجور عليه دائمًا ، وهذا الحكم لدائم البله فيما يظهر . فالبند موافق للمذهب .

بند 490 – يجاب القريب إلى طلب الحجر على قريبه ، وأحد الزوجين إلى

---

(1) لم يتناول المصنف في الكتاب الحادي عشر الباب الأول (في بلوغ الرشد) وبنوده 448 ولم يتناول الباب الثالث أيضًا وهو بعنوان في استشارة المرشد .ولم يتناول في الباب الثاني في الحجر البنود 491 إلى 502 ، 505 ، 506 ، 508 ، 511 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة . (2) السابق 111/1 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي (قوله) المجنون بصرع وحمل الشارح الجنون في كلام المصنف على ما يصرع أو وسواس لأن ما بالطبع أي غلبة السوداء لا يفيق منه عادة على فلايدخل في كلام المصنف أي وهو الذي يلبسه الجني وقوله أو وسواس وهو الذي يخيل إليه وسواء كان كل منهما مطبقًا أو متقطعًا (قوله إن كان) أي إن كان له أب أو وصى وجن قبل بلوغه وقوله وإلا أى وإن لم يكن له أب ولا وصى أو وجد أحدهما ولكنه جن بعد البلوغ فالذي يحجر عليه الحاكم (قوله ثم إن كان) أي بعد الإفاقة صغيرًا أو كان كبيرًا لكنه سفيه (قوله وإلا فلا) أى وإلا بأن كان ليس صغيرًا ولا سفيهًا بل رشيدًا فلا يحجر عليه بعد الإفاقة عن الجنون .

وجاء في الشرح الكبير : (الجنون) بصرع أو استيلاء وسواس (محجورٌ) عليه من حين جنونه لأبيه أو وصيه أن كان وجن قبل بلوغه وإلا فالحاكم إن كان وإلا فجماعة المسلمين ويمتد الحجر عليه (للإفاقة) من جنونه ثم إن كان صغيرًا أو سفيهًا حجر عليه لأجلهما وإلا فلا من غير احتياج إلى فك ولا ولاية للأم من حيث الحجر وإنما لها الحضانة حاشية الدسوقي والشرح الكبير 292/3 .

طلب على الآخر . راجع بند 890 وما بعده محاكمات [1] .

139 ** قال الحطاب في باب الحجر عند قول المصنف : « إلى حفظ مال ذي الأب » : من أراد أن يحجر على ولده أتى به الإمام ليحجر عليه ، ويشهر ذلك في الجامع والأسواق ، ويشهد على ذلك ؛ فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود : ثم قال عن عياض [2] : وقد قال شيوخنا : إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام [3] ؛ لأنه أمر مختلف فيه ، فيحتاج إلى نظر واجتهاد [4] اهـ . والمراد ولده البالغ الذي طرأ له السفه ، والزوجة / الحرة الرشيدة محجور عليها لزوجها البالغ الرشيد ، أو ولي السفيه 46/ب
في تبرع زاد على ثلثها . وتمام ذلك في كتب المذهب [5] . فالبند موافق للمذهب في إجابة الأب إلى طلب الحجر على ولده ، ومدخلية الزوج في الحجر على زوجته .

بند 503 – يجوز أيضا إلغاء العقود الواقعة من المحجور عليه قبل الحجر ؛ إذا تبين أن سبب الحجر كان ظاهرًا فيه ظهورًا بينا عند عقدها . راجع بند 1108 وبند 1109 مدني [6] .

140 ** تصرف السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق السفه قبل الحجر عليه محمول على الإجازة [7] ؛ فلا يرد عند مالك وهو الراجح لا عند ابن القاسم [8] ، وأما الصبي والأنثى فيرد تصرفهما اتفاقا ، وأما مجهول السفه حال التصرف فتصرفه ماضٍ اتفاقًا . فالبند بطرفي الجواز فيه مناسبة للقولين المذكورين .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 111/1 .

(2) هو أبو الفضل القاضي عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن موسى اليحصبي السبتي ، الإمام المحدث ، الفقيه المؤرخ ، أصله من الأندلس ، وتحول جده إلى فاس ثم سكن مدينة سبتة ، له تآليف : أهمها الشفا بتعريف حقوق المصطفى ، الإلماع في أصول الرواية والسماع ، والتنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة ، توفي سنة 544 هـ . ترجمته في : وفيات الأعيان 496/1 ، تهذيب الأسماء واللغات 43/2 ، تذكرة الحفاظ 96/4 ، الديباج المذهب ص 168 .

(3) قاعدة : الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام لأنه أمر مختلف فيه فيحتاج لنظر واجتهاد .

(4) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 64/5 .

(5) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير وحاشية الدسوقي عليه 307/3 وما بعدها .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 113/1 . (7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 295/3 ، 297 ، 298 .

(8) هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري المكنى بأبي عبد الله ، روى عن مالك وعبد الرحمن بن شريح ، وعنه أخذ أصبغ والحارث بن مسكين ، وسحنون ، وابن عبد الحكم وغيرهم ، وهو أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله ، صحبه عشرين سنة ، وتفقه به وبنظرائه ، لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه ، مات بمصر سنة 191 هـ (تذكرة الحفاظ 356/1 ، العبر 307/1 ، سير أعلام النبلاء 72/8 ، شجرة النور الزكية ص 58) .

بند 504 – لا يقبل الطعن بدعوى الجنون بعد موت الإنسان فيما عقده في حياته ؛ إلا إذا كان حجره محكومًا به قبل موته ، وكان سبق ادعاؤه في حال حياته أيضا ، ما لم يكن إثبات دعوى الجنون مبنيا على المدعى به عليه من العقود ، ويكون
47/أ هو شاهدًا عليه بالجنون . راجع بند 901 وبند 1109 مدني [1] / .

141 ** تصرفات المجنون باطلة قبل الحجر وبعده [2] ، كما يؤخذ من الحطاب عند قول المصنف : [وللولى رد تصرف مميز [3]] ؛ وحينئذ فلوارثه القيام برد تصرفاته ، ولمن عاقده القيام على وليه أو وارثه برد هذا العقد . فالبند موافق للمذهب في قوله : ما لم يكن إلخ ، بقطع النظر عن قوله : ويكون هو شاهدًا إلخ .

بند 507 – لا مانع من أن تكون الزوجة قيمة على زوجها ، وإنما لمجلس العائلة أن يرتب لها استمارة لإدارة مصلحة المحجور عليه ليكون عليها العمل ، فإذا رأت في ذلك الترتيب عذرًا جاز لها أن ترفع أمرها إلى محكمة القسم ، وتتظلم من المغدورية الصادرة من المجلس المذكور . راجع بند 442 وبند 495 وبند 510 مدني [4] .

142 ** إذا كان الزوج سفيهًا وأراد القاضي أن يقيّم عليه قيما فلا مانع أن يقيم زوجته عليه كما يستفاد من المذهب استفادة واضحة . فالبند موافق للمذهب بصدده .

بند 509 – المحجور عليه هو كالصبي في حفظ بدنه وماله ، فسائر أحكام وصاية القاصر تسري على وصاية المحجورين عليهم . راجع بند 388 وما بعده مدني [5] .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 113/1 . (2) قاعدة : تصرفات المجنون باطلة قبل الحجر وبعده .

(3) جاء في حاشية الدسوقي (قوله وللولي إلخ) حاصله أن المميز إذا تصرف في ماله بمعاوضة مالية بغير إذن وليه وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لابد له منه واستوت المصلحة في إجازتها وردها فإنه يثبت لوليه إذا اطلع عليها الخيار بين إجازتها وردها وهذا هو المشهور ولا فرق بين كون البيع عقارًا أو غيره .... (قوله رد تصرف) أي ولو في عقاره ولو كان لا شيء له غيره) قول المصنف وللولى رد .. الخ أى وله إجازته فالام للتخير وهذا إذا استوت المصلحة في الإجازة والرد فإن تعينت في أحدهما تعين ويصح جعل الأم للاختصاص والمعنى وللمولى لا لغيره رد تصرف مميز وهذا لا ينافي أن الرد متعين إذا كانت المصلحة فيه وإن الإجازة كذلك تتعين إذا كانت المصلحة فيها . حاشية الدسوقي 294/3 .

وجاء في الشرح الكبير (وللولى) أب أو غيره (رد تصرف) شخص (مميز) ذكر أو أنثى بمعاوضة من غير إذن وليه وأما بغير معاوضة كهبة وعتق فيتعين رده ومراده بالمميز المحجور عليه ولو صرح به لكان أولى ليشمل الصبي والبالغ السفيه . الشرح الكبير 294/3 مواهب الجليل للحطاب 60/5 ، 61 ، 62 ، 63 .

(4 ، 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 114/1 .

143 ** مفاد المذهب أن المجنون محجور عليه بالنسبة لنفسه وماله لحفظهما ، فهو كالصبي المحجور عليه ، وأما السفيه / فالحجر عليه إنما هو بالنسبة لماله [1] . فالبند 47/ب يوافق المذهب في المجنون ، وفي السفيه بالنسبة لماله .

بند 510 – يجب أن تصرف إيرادات المحجور عليه بالجنون في تلطيف حاله ، وإسراع شفائه وعلى مجلس العائلة أن يراعي حالة مرضه وميسرته فيحكم بأن يعالج في منزله أو بنقله في بيت من بيوت الصحة ، بل إذا اقتضت المصلحة يأمر بوضعه في إحدى مارستانات الشفاء [2] .

144 ** في المجموع أن الولي عليه في التصرف ما هو الأصح ، أي يجب عليه ذلك ، كما أفاده الدردير [3] ، وحينئذٍ فمتى كان المحجور عليه مجنونًا فمصلحة معالجته مقدمة على ما هو دونها [4] فلا تترك ويصرف ماله فيما هو دونها كما يفهم من صدر البند من تقديم معالجة المجنون على غيرها مما هو دونها من مصالحه . فالبند موافق للمذهب .

بند 512 – ينتهي الحجر بزوال سببه ، وإنما لا ترفع يد القيّم إلا بعد الحكم بإجراء الأصول المقررة في الحكم بالحجر فلا حق للمحجور أن يعود إلى التصرف في أمواله إلا بعد صدور الحكم برفع الحجر عنه . راجع بند 489 وبند (492) وبند (494) وما بعده وبند 891 وما بعده وبند (896) محاكمات [5] .

145 ** الرقيق ينتهي حجره إلى الإذن أو العتق [6] ، والمريض ومن في حكمه ينتهي حجرهم بزوال موجبه [7] ، والزوجة ينتهي حجرها بالطلاق [8] ، والمجنون ينتهي حجره للإفاقة من جنونه / [9] ؛ بالغًا رشيدًا ، والصبي ذو الأب ينتهي حجره 48/أ للبلوغ بالنسبة لنفسه وإلى الحفظ مع البلوغ بالنسبة لماله [10] ، فحجر كل هؤلاء

---

(1) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير وحاشية الدسوقي عليه 292/3 وما بعدها .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 114/1 .

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 294/3 .

(4) قاعدة : متى كان المحجور عليه مجنونًا فمصلحة معالجته مقدمة على ما هو دونها .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 115/1 .

(6) قاعدة : الرقيق ينتهي حجره إلى الإذن أو العتق .

(7) قاعدة : المريض ومن في حكمه ينتهي حجرهم بزوال موجبه .

(8) قاعدة : الزوجة ينتهي حجرها بالطلاق .

(9) قاعدة : المجنون ينتهي حجره للإفاقة من جنونه .

(10) قاعدة : الصبي ذو الأب ينتهي حجره للبلوغ بالنسبة لنفسه وإلى الحفظ مع البلوغ بالنسبة لماله .

ينتهي بزوال سببه [1] . فصدر البند موافق للمذهب في جميع من ذكر .

المقالة الثانية

« في الأملاك وما يعتريها من الأحكام »

الكتاب الأول

« في بيان الأملاك »

« الباب الأول »

« في غير المنقولات هي العقارات » [2]

بند 518 – فالأراضي والمباني كالبيوت عقارات حقيقية . راجع بند 524 وبند 526 . [3]

146 ** ذكر الفقهاء أن العقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر . فالبند موافق للمذهب .

بند 519 – وطواحين الهواء وطواحين الماء المبنية على أرصفة والمعتبرة كجزء منها هي من العقارات الحقيقية . راجع بند 531 مدني وبند 620 محاكمات [4] .

147 ** يؤخذ من تعريف الفقهاء المذكور أن طواحين الماء وطواحين الهواء المذكورة في البند عقار ، ما عدا آلاتها على الراجح من المذهب ؛ من أن الشفعة إنما تكون فيما ينقسم [5] ، أما على مقابله فهي عقار حكمًا كما يؤخذ من عباراتهم [6]. فالبند موافق للمذهب إن قطع النظر عن الآلات .

بند 520 – والحبوب على أعوادها وفي سنبلها ، والثمار على عروشها التي لم تجتن تعد أيضا كالعقارات ؛ فبمجرد الحصاد ، واجتناء الثمار تعد من جملة المنقولات ؛ ولو كانت / باقية على أرضها ، فإن حصد بعض هذه الحبوب والبعض 48/ب

(1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 292/3 ، 293 ، 296 ، 297 ، 303 ، 305 .

(2) لم يتناول المصنف البنود 516 ، 517 ، 524 ، 525 ، 526 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 116/1 ، 127 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 116/1 . (4) السابق . (5) قاعدة : الشفعة إنما تكون فيما ينقسم .

(6) هذا الخلاف محكي في كثير من الكتب ، منها بداية المجتهد 194/2 طبعة دار الفكر العربي ، قوانين الأحكام الشرعية ص 293 وفيها : « تجب الشفعة بخمسة شروط ، الأول : أن تكون في العقار كالدور والأرضية والبساتين والبئر ، واختلف في المذهب في الشفعة في الأشجار وفي الثمار ، فروى مالك روايتين ، وبالمنع قال الشافعي وأبو حنيفة ، واختلف أيضا فيما لا يقسم من العقار كالحمام وشبهه ، وفي الدين والكراء ، ولا شفعة في الحيوان والعروض عند الجمهور » .

الآخر لم يحصد فما حصد منها فقط كان من المنقولات [1] .

148 ** كل زرع بيع مع أرضه ؛ ففيه الشفعة تبعا لأرضه على قول مرجوح ، وإذا بيع الشجر مع ثماره التي عليه ففي الثمار الشفعة تبعًا للشجر ، بل قد استحسن مالك - رضي الله عنه - الشفعة في الثمار مفردة ، فكل من الزرع والثمار المذكورين ملحق بالعقار [2] . فالبند مناسب للمذهب بسبب عد الزرع والثمار المذكورين كالعقار .

بند 521 - ما يقطع من الأشجار عادة صغيرة كانت أو كبيرة ، أو ما يقلم منها ولم ينفصل عنها لا يعد من المنقولات ما دام مشبوكًا ، أو ما دامت الأشجار بالأرض . راجع بند 590 وما بعده وبند 1403 مدني وبند 690 محاكمات [3] .

149 ** على مقتضى عموم الشجر في تعريف العقار ؛ يكون هذا البند موافقا للمذهب .

بند 522 - الحيوانات التي يعطيها المالك لعامل الزراعة لأشغال الأرض ، سواء كانت مقومة أو غير مقومة هي العقارات الحكمية ، ما دامت ملازمة للأراضي ومشروطة في العقد؛ بخلاف الحيوانات التي يعطيها صاحب الأرض للمستأجر لتربيتها في نظير أجرتها ؛ فإنها من المنقولات . راجع بند 524 وبند 1064 مدني وبند 592 وبند 594 محاكمات / [4] . 49/أ

150 ** إذا كان الحائط مشتركًا وفيه حيوان آدمي ، أو غيره مشترك بين الشركاء يعمل فيه ، أو معد للعمل فباع أحدهم نصيبه من الحائط ؛ فلبقية الشركاء أخذ الحيوان بالشفعة تبعًا للحائط ؛ فإن بيع منفردًا عن الحائط فلا شفعة ، فللحيوان المذكور حكم العقار في الجملة [5] . فللبند مناسبة للمذهب بأصل جعل الحيوان له حكم العقار .

بند 523 - الماسورات والبرابخ [6] الموصلة للمياه في البيوت وفي الأرضي من العقارات الحكمية وتكون كالجزء من العقارات المتعلقة هي بها ما دامت فيها [7] .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 116/1 .
(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 479/3 وما بعدها .
(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 116/1 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 117/1 .
(5) هذا خلاف رأي الجمهور (قوانين الأحكام الشرعية ص 293) .
(6) البرابخ : البربخة : الأبردة وبرابخ البول أي مجراه (اللسان بربخ) (241) .
(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 117/1 .

151 ** تعريف العقار مما مر يشمل ما ذكر في هذا البند ؛ إذْ هو إما بناء متصل بالأرض أو في حكمه ؛ فهي عقار حقيقة . فالمذهب أقوى من البند ؛ حيث لم يقتض كونها عقارًا حكمًا ، بل اقتضى كونها عقارًا حقيقة .

بند 524 – المهمات التي يضعها المالك في أراضيه للأشغال هي من العقارات الحكمية ؛ إذا كان المالك قد وضعها في أراضيه لخدمتها وأشغالها الزراعية ، وهي حيوانات الزراعة وآلات الزراعة ومهماتها ، التقاوى التي يعطيها المالك لعمال الزراعة أو لشركائه فيها ، البروج ، أرانب الغيط ، خلايا العسل ، سمك البرك ، والمعاصر ، والقزانات [1] والأنابيب ، والخوابي [2] ، والدنان [3] ، الآلات اللازمة لصناعة الحديد ، ومعامل الورق وغيرها ، كالتبن والعلف ، وجميع الموجودات التي خصصها المالك لمصلحة الأراضي وقيدها بها ؛ بحيث لا تنفك عنها ، هي أيضا عقارات حكمية / [4] . 49/ب

152 ** تقدم حكم الحيوان في الكلام على بند 522 ، وكل ما كان بناء مما هو مذكور هنا فهو عقار حقيقة ، أو كل ما اتصل بالبناء أو توقف أمره عليه ؛ من نحو آلات الرحى والحمام فهو عقار حكمًا ؛ بناء على القول بالشفعة فيما لا ينقسم ؛ وإن كان المعتمد خلافه [5] . وإذا بذرت التقاوي في الأرض ثم بيعت الأرض قبل بروز الزرع ففيها الشفعة تبعًا للأرض ، فهي ملحقة بالعقار حينئذٍ . فللبند بالمذهب مناسبة ما في الحيوانات والتقاوي ، وهو موافق لأحد القولين في المذهب في عد ما اتصل بالبناء من الآلات عقارًا حكمًا .

والمذهب أقوى منه في شأن الأبنية الحقيقية ؛ حيث عدها المذهب عقارًا حقيقة بخلاف البند .

---

(1) القزانات : القازوزة هي قدح كالقارورة الصغيرة . لسان العرب (قزز) (3620) .

(2) الخوابي : الخوبة : الأرض التي لم تمطر بين أرضين ممطورتين ، انظر لسان العرب (خوب) (1283) .

(3) الدنان : وهو جمع (الدن) والدنان هي الجباب انظر لسان العرب [دنن] (1434) .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 117/1 .

(5) قوانين الأحكام الشرعية ص 293 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 480/3 وما بعدها .

الباب الثاني

« في المنقولات » (1)

بند 528 – فأما المنقولات بطبيعتها فهي الأجسام التي يمكن نقلها من محل إلى آخر ، سواء كانت تتحرك بنفسها كالحيوانات ، أو بقوة أجنبية محركة كالجمادات : راجع بند 522 وبند 524 مدني (2) .

153 ** البند موافق للمذهب إذا قطع النظر عن تقييد المنقولات بما ذكر ؛ إذ هذه المذكورة لا تعد في المذهب إلا منقولات بدون تقييد .

بند 529 – والمنقولات الاصطلاحية : هي العقود وما تستلزمه من نقود أو أمتعة . ومن المنقولات أيضا الأسهم في قمبانيات الصيارفة ، أو قمبانيات الصناعة / ؛ 50/أ
ولو كان لها من رأس المال عقارات متعلقة بهذه القمبانيات ؛ فالسهام معتبرة من المنقولات بالنسبة لكل شريك من أرباب القمبانيات ما دامت القمبانيات مشكلة ، والمرتبات المالية المطلقة المتوارثة المقيدة إلى ما شاء الله ، أو المرتبات المعتبرة بالحياة فقط ؛ سواء على الدولة أو على غيرها هي أيضا من المنقولات . راجع بند 1843 وما بعده مدني (3) .

154 ** النقود والأمتعة منقولات (4) كغيرها . فالبند يوافق المذهب في كونها منقولات مع قطع النظر عن التقييد .

بند 531 – المراكب صغيرة كانت أو كبيرة ، والسفن بأنواعها ، وآلات الطواحين ، وحمامات الأجرة المتخذة في مراكب الأنهر أو البحار أو في غيرها من المتحركات ، وكل آلات صناعة مما ليس ذلك كله مجبسًا ولا مبنيًّا على أرصفة ، ولاجزأ من دار فهي من المنقولات ، ولكن تملك هذه المنقولات يصح التحجير عليه عند الاقتضاء بموجب الأصول الخصوصية المربوطة بذلك . راجع بند 519 ، وبند 2120 مدني وبند 620 وما بعده محاكمات (5) .

---

(1) لم يتناول المصنف البنود 527 ، 530 ، 533 إلى 536 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 118/1 ، 119 ، 120 في المقارنة . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 118/1 . (3) السابق 119/1 .

(4) قاعدة : النقود والأمتعة منقولات . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 119/1 .

155 ** ما ذكر في البند من المراكب وما بعدها إلى آلات الصناعة ، كله من المنقولات ، وتقدم حكم المجبس ، والمبني على الأرصفة والجزء من الدار في الكلام
على بند 519 وغيره . وتملك المنقولات المذكورة يحجر على الموصوف به عنه / 50/ب
اقتضاء الشرع لذلك . فللبند موافقة للمذهب ظاهرة .

بند 532 – الأنقاض الخارجة من هدم بناء أو المجلوبة للعمارة هي من المنقولات ما دامت بالأرض حتى يستعملها العمال [1] في البناء . راجع بند 552 إلى بند 555 مدني [2] .

156 ** البند موافق جميعه للمذهب ، إذا كانت الأنقاض الخارجة من البناء غير تابعة لعقار فيه شفعة ؛ وإلا فهي ملحقة به كما أفاده الدسوقي عند قول المصنف : « ولا يضمن نقضه » ، ويستفاد أيضا من قول المصنف : « وللشفيع النقض » [3] .

الباب الثالث

« فيما للمالك على أملاكه من التصرفات » [4]

بند 537 – لكل مالك التصرف في ملكه بشرط اتباع الأحكام والأصول الموضوعة لذلك ، وكل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية فحفظه وتدبيره يكون بالمصلحة على موجب الأصول والأحكام المربوطة بذلك . ولا يجوز التصرف في عينه ببيع أو هبه أو ما أشبه ذلك . راجع بند 538 وبند 542 وما بعده مدني [5] .

157 ** لكل مالك التصرف في ملكه بشرط اتباع الأحكام الشرعية في هذا الشأن [6] ، وكل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية ؛ فإن كان حبسًا فالقيام بأمره للمتولي عليه

---

(1) في المخطوط والقانون الفرنساوي المدني (العملة) والأصح ما أثبتناه . (2) السابق .

(3) جاء في الشرح الكبير (ولا يضمن) المشتري (نقصه) بالصاد المهملة أي ما نقصه الشخص عنده بغير فعله بل بسماوى أو تغير سوق أو بفعله لمصلحة كهدم لمصلحة من غير بناء بدليل ما بعده وسواء علم أن له شفيعًا أم لا فإن هدم وبنى فله قيمته قائمًا على الشفيع لعدم تعديه (وللشفيع النقض) بالضاد المعجمة أى المنقوض من حجر ونحوه إذا لم يعده في البناء فإن أعاده أو باعه أو تصرف فيه بوجه سقط عن الشفيع ما قابل قيمته من الثمن الشرح الكبير 494/3 .

(4) لم يتناول المصنف البند 443 من تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 121/1 في المقارنة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 121/1 .

(6) قاعدة : لكل مالك التصرف في ملكه بشرط اتباع الأحكام المستوفية في هذا الشأن .

بالأصول الشرعية ، وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال [1] ، ينظر فيه بالمصلحة للمسلمين ؛ من تصرف في ذاته ، أو غير ذلك . فللبند مناسبة للمذهب واضحة [2] .

بند 538 – الشوارع ، والطرق ، والسكك ، ومسالك / الحارات السلطانية ، والأنهر الكبيرة والصغيرة التي تسير فيها المراكب ، كبيرة أو صغيرة ، وشواطئ البحار وما يتخلف منها من الجروف [3] ، والأراضي المنحسر عنها الماء والسواحل والمواني ، وجميع أراضي الحكومة التي لا يجوز تمليكها للآحاد ؛ كل ذلك يعتبر من تعلقات بيت المال . راجع بند 38 محاكمات [4] . 51/أ

158 ** شأن الشوارع وما بعدها إلى شوطيء البحار ، من مصالح المسلمين ؛ فعلى بيت المال القيام بشأنها والنظر فيه ، كما أفاده عبد الباقي [5] في الجهاد [6] . والسواحل وما انحسر عنها الماء من الجروف ، والأراضي حق بيت المال ؛ أخذًا من حكم المال الذي جهلت أربابه ، وأراضي الحكومة أيضا لبيت المال ؛ فالجميع من تعلقات بيت المال ، فالبند موافق للمذهب .

بند 539 – جميع الأملاك التي لا ملك فيها لإنسان ، وأملاك المتوفين لا عن وارث ، أو عن وارث أسقط حقه من الإرث بالكلية ، تكون من تعلقات بيت المال . راجع بند 33 وبند 713 وبند 723 وبند 724 وبند 768 وما بعده مدني [7] .

159 ** كل مال جهلت أربابه ؛ عقارًا أو غيره فهو لبيت المال [8] ، كما ذكروه في باب الجهاد عند قول المصنف : « والخمس والجزية إلخ » [9] ، وكذا مال من توفى لا عن وارث ،

---

(1) قاعدة : كل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية ، فإن كان حبسًا فالقيام بأمره للمتولى عليه بالأصول الشرعية ، وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال .

(2) ليست مناسبة البند قاصرة على المذهب المالكي وحده ، بل مناسبة لجميع المذاهب الشرعية .

(3) الجروف : الجرف : أخذك الشيء عن وجه الأرض بالمجرفة . انظر اللسان (جرف) (603) .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 121/1 .

(5) هو عبد الباقي الزرقاني ، وقد سبقت ترجمته .

(6) الشرح الكبير 190/2 .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 121/1 .

(8) قاعدة : كل مال جهلت أربابه عقارًا أو غيره فهو لبيت المال .

(9) نص هذا الفرع هو : « والخمس » الذي لله ولرسوله « والجزية » العنوية والصلحية والفئ وعشور أهل الذمة وخراج أرض الصلح ، وما صولح عليه أهل الحرب ، وما أخذه من تجارتهم محلها بيت مال المسلمين ، يصرفه الإمام باجتهاده في مصالحهم العامة والخاصة » الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 190/2 .

51/ب أو عن وارث أسقط / حقه لخصوص بيت المال ، كما يؤخذ ذلك من الدردير والدسوقي آخر باب [1] الإقرار [2] . فالبند موافق للمذهب بزيادة تقييد الإسقاط بكونه لبيت المال .

بند 540 – أبواب القلاع ، والحصون وأسوارها ، وخنادقها وآلات استحكاماتها ، كل ذلك من تعلقات بيت المال . راجع بند 538 وبند 814 مدني [3] .

160 ** شأن أبواب القلاع وما بعدها كل ذلك من مصالح المسلمين ، فهو من تعليقات بيت المال كما تقدم . فالبند موافق للمذهب .

بند 541 – ومن تعلقات بيت المال أيضا : الأراضي ، والاستحكامات المنسوبة لقلاع كانت حربية ثم زال عنها ذلك الوصف ؛ ما لم تكن انتقلت من يد الحكومة إلى يد الغير بوجه معتبر الصحة ، أو تملكها الغير أيضًا بالمدة الطويلة ؛ لسكوت بيت المال . راجع بند 538 وبند 560 وبند 2227 مدني [4] .

161 ** شأن الأراضي والاستحكامات المذكورة من تعلقات بيت المال ، وهي مملوكة له . وإذا رأى المصلحة في نقلها لملك الغير بوجه من وجوه التمليك فله ذلك . فالبند موافق للمذهب فيما عدا قوله : أو يتملكها الغير إلخ ، فإن المستفاد من المذهب في آخر باب
52/أ الشهادات خلافه ، إذا عمر جماعة بلدا فإنهم يختصون بها وبحريمها ؛ من / محتطب ، ومرعى لدوابهم ، يلحق الشخص الوصول لكل منهما قبل الزوال ويرجع منهما لقومه في ذلك اليوم بعد الزوال ، مع مراعاة المصلحة المترتبة على الذهاب والرجوع ؛ بحيث ينتفع في ذلك اليوم الذي يذهب فيه ويرجع بالحطب الذي يحتطبه ، فينتفع به في طبخ ونحوه ،

---

(1) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير وحاشية الدسوقي عليه 415/3 جاء في حاشية الدسوقي (قوله ليس كالوارث) أي بل هو حائز يجوز المال لأجل صرفه في مصالح المسلمين (قوله ويجرى إلخ) أي فيقال لا يرث المستحلق بالكسر المستلحق بالفتح إن كان للمستلحق بالفتح وارث حائز لجميع المال وإلا فخلاف حاشية الدسوقي 415/3 .

وجاء في الشرح الكبير قوله (وإلّا) يكن له وارث أصلا أو وارث غير حائز (فخلافٌ) بالإرث وعدمه والراجح الإرث أي أرث المقر به من المقر جميع المال في الأولى والباقي في الثانية بناء على أن بيت المال ليس كالوارث المعروف والضعيف مبني على أنه كالوارث المعروف . الشرح الكبير 415/3 .

(2) قال ابن جزّى : « من لم تكن له عصبة ولا مولى فعاصبه بيت مال المسلمين يجوز جمع المال في الانفراد ، ويأخذ ما بقي بعد ذوي السهام » قوانين الأحكام الشرعية ص 418 .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 121/1 .

وينتفع بالدواب في حلب وطبخ ما يحلب ، ولا مشاركة لغيرهم فيه ، ولا يختص به بعضهم دون بعض ؛ لأنه مباح لهم ، ومن أتى منهم بحطب أو نحوه فهو له ملك ، يتصرف فيه تصرف الملاك [1] . فالبند يناسب المذهب فيما أفاده ؛ من أنه قد يكون للبلدة قَدْرٌ من الأرض مشاع المنفعة لعموم أهلها .

بند 543 – حقوق الملكية بالنسبة للتصرف ثلاثة أنواع : حق ملكية العين ، وحق ملكية المنفعة ، وحق الملكية القسرية [2] كالتطرق والمرور . راجع بند 544 وما بعده وبند 578 وما بعده وبند 637 وما بعده مدني [3] .

162 ** حقوق الملكية ثلاثة : حق ملكية العين للمالك ، وحق ملكية المنفعة ، للمالك ، والمستأجر ، والمستعير ؛ فلكل منهم أن يؤاجر وأن يعير ، وللمالك أن يهب ، كما أن لكل أن ينتفع بنفسه ، وحق ملكية الانتفاع لمن قصر الشارع الانتفاع على عينه [4] ، فلا يؤاجر ولا يهب ولا يعير ، كساكن / بيوت المدارس ، 52/ب والربط بوصف كونه مجاورًا أو مرابطًا . والمساكن موقوفة على المجاورين في تلك المدرسة ، أو المرابطين في ذلك الرباط ، والجالس في المساجد والأسواق ؛ فإنه إنما يستحق الانتفاع بذلك المكان الذي اشتهر بالجلوس فيه من المسجد أو السوق ، وليس له بيعه ، ولا إجارته ولا إعارته . ذكره الدردير والدسوقي . وحق التطرق والمرور لا يخرج عن كونه ملك منفعة أو انتفاع ، فللبند مناسبة بالمذهب واضحة جدًّا .

الكتاب الثاني

« في حق الملكية »

بند 544 – من ملك شيئًا فله حق الانتفاع والتصرف فيه ، تصرفًا مطلقًا ؛ بشرط أن لا يكون التصرف مخلًّا بالأحكام والقوانين المربوطة [5] .

---

(1) من الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 67/4 .

(2) القسرية : القسر : القهر على الكره . انظر لسان العرب (قسر) .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 122/1 .

(4) قاعدة : حق ملكية الانتفاع لمن قصر الشارع الانتفاع على عينه .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 122/1 .

163 ** من ملك شيئًا فله حق الانتفاع به ، والتصرف فيه تصرفًا مطلقًا ، بشرط أن لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف [1] . فللبند مناسبة بالمذهب في غاية الوضوح .

بند 545 – لا يجبر أحد على التنازل عن ملكه إلا لمصلحة عامة ؛ بشرط قبض ثمن المثل قبل تسليمه . راجع بند 438 محاكمات [2] .

53/أ **164** ** لا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ، ببيع أو هبة أو نحو ذلك / ؛ إلا لتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق أو نحو ذلك مما يقتضي جبر المالك على البيع ، كبيع الدار في نفقة الزوجة ، وكبيع مال المفلس عليه ، وتفاصيل ذلك في المذهب [3] . فللبند مناسبة بالمذهب واضحة ا هـ .

بند 546 – من له ملكية على شيء منقول أو غير منقول فله حق المنفعة بجميع ثمراته ، وتعلقاته ، وجميع ما يتعلق [4] به طبيعة أو بفعل فاعل . وهذا الحق الأخير يسمى حق التبعية . راجع بند 547 إلى بند 577 وبند 712 محاكمات [5] .

165 ** من المعلوم أن مالك الذات من المنقول أو العقار يملك منها حق المنفعة بجميع ما يسوغ شرعًا ، ويملك جميع ما يلتصق بالذات طبيعة [6] ؛ كما إذا نبت عشب بأرض المالك بدون فعل فاعل ، أو يلتصق بها بفعل فاعل ، كما إذا عسل بها نحل ، أو رزق فيها حمام ، أو نحو ذلك ؛ كما يؤخذ ذلك مما ذكروه عند قول المصنف في الفصل بعد باب الكراء : « وإذا انتثر للمكتري حب إلخ » [7] ،

---

(1) قاعدة : من ملك شيئًا فله حق الانتفاع به ، والتصرف فيه تصرفًا مطلقًا ، بشرط أنه لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 122/1 .

(3) من شروط لزوم البيع : الطوع ؛ فإن أجبر العاقد على البيع جبرًا حرامًا صح البيع ، ولم يلزم ، بمعنى أن له ردّه ، ولا يفيته تداول أملاك ولا عتق ولا هبة « الشرح الكبير للدردير 6/3 » .

– وأما لو أجبر على البيع جبرًا حلالًا كان البيع لازمًا ، كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة ، أو على بيع سلعة لوفاء دين ، أو لنفقة زوجة أو ولد أو لأبويه ، ومن الجبر الحلال : الجبر على البيع لأجل وفاء ما عليه حقًّا . « حاشية الدسوقي 6/3 » .

(4) في تعريب القانون الفرنساوي 122/1 « جميع ما يلتصق به » .

(5) السابق .

(6) قاعدة : مالك الذات من المنقول أو العقار يملك منها حق المنفعة لجميع ما يسوغ شرعًا ، ويملك جميع ما يلتصق بالذات طبيعة .

(7) الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 49/4 .

جاء في الشرح الكبير : وظاهر المصنف أن عليه كراء المثل مطلقًا سواء ظن الزارع تمامه بعد مدة يسيرة أو كثيرة وهو الراجح (وإذا انتشر) بآفة أو غيرها (للمكتري) أرضًا فزرعها (حبٌ) مد زرعه في الأرض (فنبت) زمنًا (قابلًا) في عامه أو العام القابل (فهو لرب الأرض) الشرح الكبير 49/4 .

وفي عبد الباقي نقلًا عن قول المصنف في البيوع وحمام برج [1] مانصه : « ومن وضع أجباحا في جبل فله ما دخلها من النحل » . قال في القنية : « شرط الأجباح أن تضعها في موضع لا ينتهي إليه سرح نحل البلد اهـ » . وفي التتائي في باب الزكاة عند قول المصنف كالدار إلخ مانصه : « وفي المجموعة عن ابن كنانة » [2] : « في الرجل يجد النحل في شجرة أو صخرة لا بأس أن ينتزع عسلها إذا لم / يعلم 53/ب أنها لأحد ، ولا يحل له أن يأكل نحل جبح نصبه غيره ، لا في عمران ، ولا في مغارة . وإذا ساغ له أن ينتزع عسل نحل وجده في شجرة أو صخرة فأولى عسل نحل وجده في نفس أرضه ؛ مالم يعلم أنها لأحد ، فللبند مناسبة بالمذهب في غاية الوضوح .

الباب الأول

في حق التبعية الذي للإنسان في ملك المنافع

الناتجة عن ملك الأعيان

بند 547 – لمالك الأرض بناء على ماله من حق التبعية ثمار أراضيه ، سواء كانت خارجة بنفسها أو بالعمل ، وله أيضا نتاج حيواناته وثمرات منافع عقاره [3] .

166 ** موافقة هذا البند للمذهب في غاية الوضوح .

بند 548 – لا يملك صاحب الأرض محصولاتها الخارجة من الزراعة ؛ إلا إذا دفع للعامل مصاريف زرعه ، من حراثة وأعمال وثمن أبزار [4] – راجع بند 585 وبند 2102 مدني [5] .

167 ** من غصب عقارًا ؛ من دور ورباع وأرض ؛ فسكن أو زرع الأرض أو أكراها

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (مما يتداخل من البطر) أي يدخل بعضه تحت بعض (قوله إن كثرت) أي بأن كان في عدها مشقة (قوله ولا حرام في برج) أي وقع العقد عليه بدون البرج (قوله والإجاز) أي وإلا بأن أحاط بها معرفة بالحرز في وقت حدوها أو نوحها جاز شراؤها جزافًا وما قيل هنا يقال في العصافير حاشية الدسوقي 22/3 .

(2) ابن كنانة : هو أحمد بن عبد الله بن عبد الرحيم بن كنانة اللخمي القرطبي ، ويعرف أيضا بابن العنان ، سمع من أحمد بن خالد الحافظ ، وابن أيمن ، محمد بن قاسم ، ذكره ابن الفرضي فقال : سمع الناس فيه كثيرًا وحدث عنه محمد بن السليم القاضي في حياته ، وكان ثقة ، جيد التقييد ولد سنة 599 وتوفي سنة 383 هـ ، سير أعلام النبلاء 466- 467 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 123/1 .

(4) أبزار : البزر : كل حب يبزر للنبات والبزور الحيوية الصغار .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 123/1 .

فللمغصوب منه غلة هذا العقار ؛ من أجرة السكنى ، أو الخارج من الزرع ونحوه . وما أنفقه الغاصب على المغصوب من سقي الأرض وعلاجها وخدمة الشجر ونحو ذلك يكون في الغلة التي تكون للمغصوب منه ؛ فإن تساويا فواضح ، وإن نقصت الغلة فليس للغاصب الطلب بالزيادة ، وإن زادت على النفقة كان للمغصوب منه أخذ ما زاد ؛ فالغلة
54/أ ملك له بالأصالة ، وعليه دفع ما ذكر ، لكنه محصور في الغلة ، بحيث لو نقصت عنه / فلا شيء للغاصب . كذا في الدردير من باب الغصب [1] . فالبند مناسب للمذهب في دفع مصاريف الزرع للعامل من حراثة وأعمال ، مع زيادة تقييد العامل بكونه غاصبًا للأرض .

بند 549 – من وضع يده على شيء بملكية فلا يملك ثمرته ، إلا إذا وضع يده عليها بدون غش ولا تدليس منه ، وإلا ضمن الثمرة لصاحب الملك عند طلبها . راجع بند 1378 ، وبند 1635 ، وبند 2262 ، وبند 2279 مدني [2] .

168 ** من اكترى أرضا فزرعها فانتثر له بها حب بآفة أو غيرها ؛ فنبت زمنًا قابلًا في مدة الكراء ؛ فالزرع للمكتري [3] ، كما ذكره الدردير عند قول المصنف في فصل الكراء : « وإذا انتثر للمكتري حب إلخ » [4] فإن باع المالك الأرض بهذا الزرع لا يملك المشتري زرعها ؛ لأنه لم يضع يده عليه بحق ، بل بسبب كتمان الأمر من البائع ، فهو إنما وضع يده بغش من البائع ، والبيع صحيح في الأرض ، كما أفاده الحطاب عن المعونة [5] في باب الإجارة عند قول المصنف : « واستئجار مؤجر » [6] . فمناسبة البند للمذهب ظاهرة .

(1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 448/3 ، 449 وما بعدها .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 123/1 .

(3) قاعدة : من اكترى أرضًا فزرعها فانتثر له بها حب بآفة أو غيرها فنبتت زمنًا قابلًا في مدة الكراء ، فالزرع للمكتري .

(4) الشرح الكبير على مختصر خليل 49/4 .

(5) جاء في الشرح الكبير (و) جاز (استئجار) شيء (مُؤجَرٍ) بفتح الجيم من حيوان أو غيره مدة تلي مدة الإجارة الأولى للمستأجر الأول أو لغيره . الشرح الكبير 10/4 .

(6) نص عبارة الحطاب : « وفي الإجارة من المعونة : فصل : يجوز للمؤجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة مالا يكون غررًا يخاف تغيرها في مثله .... ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر ؛ لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة ، وهنا قاعدة : كل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصله كما إذا باع أمة قد زوجها ، وقال فيها أيضا : ويجوز بيع العين المستأجرة لمستأجرها وغيره ، والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة ، وللمؤجر جميع الأجرة ، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار اهـ » مواهب الجليل للحطاب 408/5 .

بند 550 – يكون وضع اليد بدون تدليس ، ولا غش بالنسبة للملكية ، وصحة التصرف إذا كان المالك وضع يده بسند ملكية معتبرة لا يعلم ما يفسده ، وأنه بمجرد علمه بذلك الفساد يكون وضع يده غير معتبر الصحة ؛ فإذا استمر على وضع اليد مع علمه كما تقدم ؛ كان ذلك / منه تدليسًا وغررًا . راجع بند 549 ، 54/ب وبند 2262 ، وبند 2265 وما بعده مدني [1] .

169 ** يكون وضع اليد مقيدًا ، وتترتب عليه أحكامه إذا كان بوجه الصحة المعتبر شرعًا ، وإن اطلع على فساد فيما تملكه وجب عليه رفع يده عنه ؛ إن كان الفساد مقتضيا لذلك [2] ، ويحرم عليه استمراره على وضع يده من حين علمه بما ذكر . فللبند مناسبة واضحة بالشرع .

الباب الثاني

« في حق التبعية فيما يضاف للأشياء الأصلية ويتصل بها ويعد جزءا منها »

بند 551 – ما أضيف إلى ملك واتصل به كان ملكا لصاحب الأصل ، كما سيذكر قريبا في البنود الآتية . راجع بند 2118 ، وبند 2133 ، وبند 2204 مدني [3] .

170 ** يأتي ما يوافق المذهب من هذا البند في الكلام على البنود الآتية :

الفصل الأول

« في حق الأشياء التبعية الحادثة على الأشياء العقارية » [4]

بند 552 – يتضمن ملك الأرض ملكية ما فوقها وما تحتها ، أي ملك ظاهرها وباطنها ؛ فيجوز لمالك الأرض أن يغرس على ظاهرها جميع النباتات ، ويبني ما شاء من المباني ، ما عدا ما استثنى في كتاب الحقوق القسرية الأرضية ، ويسوغ له

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 123/1 .

(2) قاعدة : يكون وضع اليد مقيدًا ، وتترتب عليه أحكامه إذا كان بوجه الصحة المعتبر شرعًا ، وإن اطلع على فساد فيما تملكه وجب عليه رفع يده عنه ، إن كان الفساد مقتضيًا لذلك . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 123/1 .

(4) لم يتناول المصنف البنود 559 ، 563 ، 564 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 / 125 ، 127 في المقارنة .

أيضا أن يبني في باطنها ما أراده من المباني ، وأن يحفر فيها ما شاء من الحفر ، وأن يستخرج من جوفها ما فيه من المحصولات المعدنية الموجودة بها . وإنما يشترط أن يجري في ذلك على مقتضى الأحكام المقررة فيما يتعلق بالمعادن أو بالضبط والربط . راجع بند 671 وما بعده ، وبند 1403 مدني / [1] . 55/أ

171 ** يجوز لمن ملك أرضًا أن يفعل بها ما شاء ؛ من بناء وغرس وحفر ، وما وجد فيها من المعادن فحكمه للإمام ؛ ولو بأرض معين ، مسلما أو كافرا إلا مملوكة لمصالح معين أو غيره فهي له لا للإمام ، إلا أن يسلم فيرجع حكمه للإمام . فالبند موافق للمذهب أولًا ، مناسب له آخرًا .

بند 553 – كل بناء أو غرس على ظهر الأرض ؛ وكل بناء أو حفر في باطنها فإنه معتبر لذي اليد ومن ماله ؛ مالم يقم دليل على خلاف ذلك ، فهذا الاعتبار لا يمنع من كونه قد انتقل أو ينتقل بعض ذلك علوًا أو سفلًا للغير بوجه معتبر من أوجه التملك . راجع بند 2219 ، وبند 2262 ، وبند 2265 مدني [2] .

172 ** موافقة هذا البند للشرع جلية غير خافية .

بند **554** – إذا جدد مالك الأرض أبنية وأغراسا وغير ذلك من العمليات بمهمات وأجزاء وأدوات كانت ملكًا للغير ؛ فعليه دفع قيمتها لمالكها ، وعليه أيضا ضمان ربح خسارة ذلك ، ولا يجوز لمالك المهمات أن ينتزعها من محل وضعها . راجع بند 1149 مدني [3] .

173 ** من غصب أنقاضا فبناها في أرض نفسه ؛ فللمغصوب منه هدمها ، وله إبقاؤها وأخذ قيمتها يوم الغصب [4] ، وكذا من غصب عمودًا أو خشبًا وبنى عليه ؛ فللمغصوب منه هدم البناء الذي عليه وأخذه ، وله إبقاؤه وأخذ / قيمته يوم الغصب . 55/ب

أفاد ذلك الدردير والدسوقي [5] . قال الحطاب في باب الغصب عند قول

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 124/1 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 124/1 .

(4) قاعدة : من غصب أنقاضًا فبناها في أرض نفسه فللمغصوب منه هدمها ، وله إبقاؤها وأخذ قيمتها يوم الغصب .

(5) أي فالمغصوب منه مخير بين هدم ما عليه وأخذ شيئه ، وبين إبقائه للغاصب وأخذ قيمته ، ولا يلتفت لقول الغاصب ، وهذا هو المعتمد في المذهب خلافًا لابن القصار . « الشرح الكبير للدردير ، وحاشية الدسوقي عليه 448/3 » . =

المصنف وإن لم يفته فنقضه : « مسألة : قال ابن كنانة : أكره أن يأخذ الرجل من شجرة غيره غرسًا إلا بإذنه . قال محمد بن رشد [1] : أما إذا أخذ من شجر غيره ملوخا يغرسها في أرضه وكان ما امتلخ منها لا قيمة له ، ولا ضرر فيه على الشجرة التي امتلخت منها فهذا الذي كره ابن كنانة والله أعلم [2] . وأما إن كان لما امتلخ منها قيمة ، أو كان ذلك يضر بالشجرة التي امتلخت منها ، فلا يجوز لأحد أن يفعله إلا بإذن صاحب الشجرة . قال رسول اللّه ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » [3] . فإن فعل ذلك بغير إذنه دلالة عليه لسبب بينه وبينه يقتضي الإدلال عليه ؛ فعليه أن يتحلل من ذلك ؛ فإن حلله وإلا غرم له ذلك عودًا مكسورًا يوم امتلخه [4] ، وليس له أن يقلعه ويأخذه ، وعليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة التي امتلخ منها ، وإن فعل ذلك غصبًا وتعديًا بلا إذن من صاحبه ولا دلالة عليه ممن يستوجب الدلالة فله أن يقلعه ويأخذه ؛ وإن كان قد علق ؛ إلا أن يكون بعد طول مدة زمان ، وبعد نماء وزيادة بيِّنَة ، فلا يكون له أن يأخذه بعينه ، ويكون له قيمته يوم امتلخه من شجره عودًا مكسورًا ، وإن كان أضر بالشجر كان عليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجر / ، هذا قول أصبغ [5] في الواضحة . وقال 56/أ سحنون : إنما يكون أولى بغرسه إذا كان إن قلعه وغرسه ينبت ، وإن كان لا ينبت

= جاء في حاشية الدسوقي : قوله (في قتل الأجنبي) أي الشيء المغصوب وقوله فإن تبعه أي فإن تبع رب المغصوب الغاصب قوله (وتكون الزيادة) أي زيادة القيمة الجناية على القيمة يوم الغصب قوله (فله الزائد) أي ما زادته القيمة يوم الغصب على القيمة يوم الجناية قوله : (أرض أو عمود أو خشب) الأولى قصرها ما هنا على ما إذا كان المغصوب عمودًا أو خشبًا فإدخال الأرض هنا غير صحيح لأن حكمها مخالف للعمود والخشب ؛ لأنه غصب أرضًا وبنى فيها خير ربها بين أن يأمره بهدم بنائه في أخذه ودفع قيمة نقض إلخ اهـ قوله (وله إبقاؤه وأخذ قيمته) أي فالمغصوب منه مخير بين هدم ما عليه وأخذ شيئه وبين إبقائه للغاصب وأخذ قيمته ، لا يلتفت لقول الغاصب حيث طلب منه المغصوب منه القيمة أنا اهدم بنائي ولا أغرم القيمة . حاشية الدسوقي 448/3 .

(1) المقصود به ابن رشد الجد ، وقد سبقت له ترجمة . (2) مواهب الجليل للحطاب 294/5 .

(3) حديث صحيح (إرواء الغليل 279/5 ، 282) أخرجه أحمد في مسنده 72/5 ، والبيهقي في سننه 100/6 .

(4) مواهب الجليل للحطاب 294/5 .

(5) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري ، الإمام الثقة الفقيه المحدث ، سمع ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، وروى عنه البخاري ويحيى بن معين ، وابن وضاح وغيرهم ، له تآليف حسان ، منها : تفسير حديث الموطأ ، وكتاب أدب الصيام ، وكتاب المزارعة ، وكتاب الرد على أهل الأهواء ، توفي سنة 225 هـ . راجع : تذكرة الحفاظ 457/2 ، سير أعلام النبلاء 289/9 ، شجرة النور الزكية 66 .

فله قيمته ولا سبيل له إلى قلعه [1] . وكان ربيعة [2] يقول في مثل هذا : وإن نبت فإنما له قيمته أو غرس مثله ، وأما إن قلع من بستانه غرسًا فغرسه في أرضه دلالة على صاحب البستان ؛ فله أن يقلعه ويأخذه ، وإن كان قد نبت وعلق إلا أن يتطاول أمره ونما نماءً بينًا فلا يكون له قلعه ، وتكون له قيمته يوم اقتلعه نابتًا ؛ لأن دلالته عليه إذا كان من أهل الدلالة شبهة تمنع ولو كان اقتلعه غصبا غير مدل لكان صاحب الغرس أحق بغرسه ، وإن كان قد نبت في أرضه وطال زمانه وتبينت زيادته [3] ، لأنه شبيه بعينه أخذه حيا فنما وزاد وشب فهو كالصغير يغتصب أو يسرق ثم يجده صاحبه وقد كبر وشب ونما وزاد فهو أبدًا أحق به ، وسواء كان مما ينبت إن غرس بعد قلعه من أرض الغاصب أو مما لا ينبت هو أحق به ، إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته نابتًا يوم قلعه فيكون ذلك له ، حكى ذلك ابن حبيب [4] في الواضحة عن أصبغ [5] . فالبند يناسب المذهب في إبقاء الأنقاض في الجملة ؛ حيث إن الإبقاء في المذهب على وجه الخيار ، وفي البند على وجه الوجوب ،

56/ب ويناسبه مناسبة تامة في عدم جواز الغرس من أرض الغير إذا أخذ / الغارس ملوخا [6] لا قيمة لها ولا تضر بالشجرة التي امتلخت منها ، أو لهما قيمة وأخذها الغارس دلالة ولم يحله على الوجه السابق ذكره ، وفيما إذا فعل الغارس ذلك غصبًا وتعديًا بلا إذن من صاحبه ولا دلالة عليه وطال الزمن ونما الغرس وزاد زيادة بينة ، وفيما إذا قلع الغارس من بستان المغصوب غرسًا فغرسه في بستانه دلالة على صاحب

(1) المدونة الكبرى 188/4 ، 189 .

(2) هو ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، مفتي المدينة في وقته ، المشهور « بربيعة الرأي » روى عن أنس بن مالك ، والسائب بن يزيد ، وسعيد بن المسيب ، وغيرهم ، وعنه أخذ يحيى بن سعيد الأنصاري ، وسليمان التيمي ، والأوزاعي ، وشعبة وخلق كثير ، قال ابن سعد : توفي سنة 36 هـ (تذكرة الحفاظ 157/1 ، تهذيب الكمال 163/6 ، سير أعلام النبلاء 319/6) .

(3) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 294/5 .

(4) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي القرطبي ، انتهت إليه رئاسة الأندلس في العلم بعد يحيى ابن يحيى ، روى عن زياد بن عبد الرحمن ، وسمع ابن الماجشون ، ومطرفا وأصبغ ، ألف كتبا كثيرة في الفقه وغيره ، منها : الواضحة في الفقه والسنن ، وكتاب في فضل الصحابة ، وكتاب الفرائض ، ومكارم الأخلاق ، مات سنة 238 هـ (سير أعلام النبلاء 169/8 تهذيب التهذيب : 390/6 ، الديباج المذهب ص 154 ، شجرة النور الزكية ص 74 .

(5) مواهب الجليل للحطاب 294/5 .

(6) ملوخًا ، ملخ : انثنى وانكسر . لسان العرب (ملخ) (4259) .

البستان ، وتطاول أمر الغرس ونما نماء بينًا ، ويناسبه في الجملة فيما إذا اقتلع الغارس من بستان غيره غصبًا غير مدل ، وغرسه حيث إن المذهب الخيار لرب ما غرس ، لا وجوب الإبقاء .

بند 555 – فإذا كان الغرس والبناء والمصنوعات فعلها الغير من مهمات وموجودات نفسه في ملك غيره بدون إذنه ؛ فالمالك مخير في إبقاء هذه الأشياء بأرضه ، أو بإلزام فاعلها بنزعها وأخذها ؛ ففي حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، وصرح أنه لا يريد إبقاءها ، فمصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها ، ولا يضمن المالك شيئًا ؛ بل إذا كان المالك هو الذي خسر بسبب ذلك ، كان الغير المذكور ضامنًا للخسارة ، وفي حالة ما إذا اختار صاحب الأرض إبقاء هذه الأشياء ؛ فعليه أن يدفع فقط قيمة المثل ومصاريف العمل لفاعلها من غير مراعاة إلى غلو قيمة الأرض بما حدث من البناء والغرس ؛ مالم يكن / الغرس 57/أ والبناء والمصنوعات كانت ممن كان واضعا يده على الأرض بشبهة ورفع يده عنها بحكم صحيح لم يحكم عليه ، مع رد العين برد الثمر والمحصولات للمالك ؛ حيث كان وضع يده بدون تدليس ولا غرر فليس لمالك الأرض أن يجبره على إزالة شيء مما ذكر ، وإنما يكون المالك مخيرا إما بدفع قيمة الأشياء الحادثة ، أو بدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب الشيء الحادث . راجع بند 519 ، وبند 550 مدني [1] .

174 ** إذا بنى الغاصب أو غرس في أرض غيره خيّر مالك الأرض في أخذ البناء أو الغرس [2] ، ودفع قيمة ماله قيمة من أنقاض البناء بعد الهدم بعد سقوط ما ليس من شأن الغاصب أن يتولاه بنفسه أو خدمة من كلفة الهدم وتسوية الأرض وردها لما كانت قبل الغصب ، أو قيمة الشجر ملقى بعد قيمة أجر من يقلع ذلك ، ولا شيء عليه فيما لا قيمة له بعد القلع ؛ وحينئذٍ فيقال في البناء : كم تساوي أنقاض هذا البناء لو نقض ؟ فإذا قيل : عشرة ، قيل : وما أجرة من يتولى الهدم والتسوية ؟ فإذا قيل : أربعة ، غرم المالك للغاصب ستة ؛ فلو كان من شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم المالك له جميع العشرة ، ومثل ذلك يقال في الشجر الملقى ، وللمالك أن يأمره

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 124/1 وما بعدها .

(2) قاعدة : إذا بنى الغاصب أو غرس في أرض غيره خير مالك الأرض في أخذ البناء أو الغرس .

بهدمه ، أو قلعه إن كان شجرًا ، وبتسوية أرضه ، وللمالك أيضا محاسبة الغاصب
57/ب بأجرة المثل مدة استيلائه على الأرض إن / كان قد استغلها ؛ فتسقط من قيمة الأنقاض ، ويرجع على الغاصب بالزائد ؛ إن زادت الأجرة على القيمة ، والذي وضع يده على الأرض شبهة وهو المشتري من الغاصب ، والمكتري منه ؛ ولم يعلم بغصبه ، ووارثه ، والموهوب له من الغاصب ، ومن أحيا أرضا يظنها مواتا ، والمجهول حاله هل هو غاصب ؟ أو هل واهبه غاصب أم لا ؟ فهؤلاء إذا بنوا في الأرض أو غرسوا لا يهدم بناء واحد منهم ، ولا يقلع غرسه ؛ بل يقال لمستحق الأرض : أعط الباني أو الغارس قيمة البناء أو الغرس قائمًا على أنه في أرض الغير ، ولا تعتبر معه قيمة الأرض والغلة ، إنما هي لمشتر ومكتر من غاصب لم يعلما ، وللموهوب له إن أيسر الغاصب ، ولمن جهل حاله ، وليس لغير هؤلاء غلة ؛ وإن استوى ذوو الشبهة جميعًا في عدم قلع الغرس وهدم البناء . ذكره الدردير ، والدسوقي ، والأجهوري عند قول المصنف في الغصب : « وفي بنائه في أخذه إلخ » [1] . فالبند موافق للمذهب في تخيير المالك في إبقاء البناء والغرس بأرضه ، وأمر الغاصب بهدم البناء ، أو قلع الشجر ، وفي كون مصاريف الهدم والقلع وتسوية الأرض على الغاصب ، وفي دفع المغصوب منه للقيمة في الجملة إذا اختار أخذ البناء والغرس ، وفي رد ذي الشبهة العين للمالك ، وفي عدم
58/أ الحكم على ذي الشبهة برد الغلة للمالك في الجملة / .

بند 556 – ما يتكون شيئًا فشيئًا على سواحل الأنهر صغيرة أو كبيرة سواء كانت تسير فيها المراكب بنفسها أولا ويمتد حتى يصير أرضًا يكون الحق فيه لصاحب الأرض المجاورة المتصلة به بشرط أن يترك طريقا للساحل للمرور أو جر

(1) مذكور بنصه في مواطن مختلفة في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل ، وحاشية الدسوقي عليه 454/3-459 .
جاء في الشرح الكبير (و) خير المالك (في بنائه) أي بناء الغاصب عرصة أو في غرسه (في أخذه) أي البناء وكذا الغرس (ودفع قيمة نُقْضِه) أي قيمته منقوضًا إن كان له قيمة بعد الهدم لا مالا قيمة له كجص وجير وحمرة (بعد سقوط) أي إسقاط أجرة (كلفةٍ لم يتولها) الغاصب بنفسه أو خدمه أي شأنه أنه لا يتولى الهدم وتسوية الأرض وردها لما كانت قبل الغصب فيقال كم يساوى نقض هذا البناء لو نقض ؟ فإذا قيل : عشرة قيل : وما أجرة من يتولى الهدم والتسوية فإذا قيل : أربعة غرم المالك للغاصب ستة فإذا كان شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم المالك له جميع العشرة وحذف المصنف الشق الآخر (قوله من شقى التخيير) وهو أنه يأمره بهدمه أو قلعه إن كان شجرًا وبتسوية أرضه للعلم به وللمالك أيضًا محاسبة الغاصب بأجرة المثل مدة استيلائه على الأرض . الشرح الكبير 454/3 .

اللبان طبقا لما تقرره القوانين من ذلك . راجع بند 558 وبند 596 وبند 650 مدني [1] .

175 ** نقل البدر القرافي عن سحنون وأصبغ [2] ومطرف [3] أن البحر إذا انكشف عن أرض وانتقل عنها فإنها تكون فيئًا للمسلمين كما كان البحر ، لا لمن يليه ، ولا لمن دخل البحر أرضه . وقال عيسى بن دينار [4] إنها تكون لمن يليه ، وعليه حمد يس [5] ، والفتيا والقضاء على خلاف قول سحنون . نقله الدسوقي عند قول المختصر في باب إحياء الموات : « وما لا يضيق على وارد ، ولا يضر بماء البئر إلخ » [6] ثم إنما يعتبر شأن الأرض على وجه ما ذكر بعد اعتبار حريم النهر [7] ؛ بحيث ترك له مالا يضيق على من يرده من الآدميين والبهائم ، ذكره الدسوقي [8] . فصدر البند

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 125/1 .

(2) سبق للقرافي وسحنون وأصبغ ترجمة فراجعها في موضعها .

(3) هو مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني ، روى عن مالك وبه تفقه ، وروى عنه ، أبو زرعة ، وأبو حاتم الرازيان ، والبخاري وخرج في صحيحه ، توفي سنة 220 هـ (شجرة النور الزكية 57) .

(4) هو عيسى بن دينار بن وهب القرطبي ، سمع ابن القاسم وصحبه ، وانتشر به علم مالك في الأندلس ، ألف في الفقه كتاب الهدية في عشرة أجزاء ، توفي سنة 212 هـ (سير أعلام النبلاء 152/9 ، العبر 363/1 ، شجرة النور الزكية 64) .

(5) هو أبو جعفر أحمد بن محمد الأشعري ، المعروف بحمد يس ، من ولد أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - تفقه بسحنون وغيره ؛ له رحلة للمشرق ، أخذ فيها عن أصحاب ابن القاسم وابن وهب وغيرهما ، ولد سنة 230 هـ - وتوفي سنة 289 هـ . « شجرة النور الزكية ص 71 » .

(6) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 67/4 .

جاء في الشرح الكبير إذا عمر جماعة بلدًا فإنهم يختصون بها وبحريمها من محتطب ومرعى لدوابهم يلحق كل منهما على عادة الحاطبين والرعاة لقضاء حاجتهم مع مراعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب ونحو ذلك غدوًّا ورواحًا فلا مشاركة لغيرهم فيه ولا يختص به بعضهم دون بعض ؛ لأنه مباح لهم ومن أتى منهم بحطب أو نحوه فهو له ملك يتصرف فيه تصرف الملاك (وما لا يضيق على واردٍ) من عاقل أو غيره حريم البئر ماشية أو شرب (و) ما (لا يضر بماء) حريم (البئر) أي بئر الزراعة وغيرها بالنسبة للثاني وبئر ماشية بالنسبة للأول ومراده أن منتهى مالا يضر ولا يضيق هو منتهى حريم البئر ... وهو بيان للحريم الذي لرب البئر المنع منه . الشرح الكبير 67/4 وكذلك حاشية الدسوقي .

(7) حريم النهر : ملقى طينه والممشى على حافتيه ونحو ذلك . وفي الحديث حريم البئر أربعون ذراعًا هو الموضع المحيط بها الذي يلقى فيه ترابها . أي أن البئر التي يحفرها الرجل في موات تحريمها ليس لأحد أن ينزل فيه ولا ينازعه عليها ، وسمي به لأنه يحرم منع صاحبه منه أو لأنه مُحرم على غيره التصرف فيه . لسان العرب مادة (حرم) .

(8) المرجع السابق .

موافق للمذهب على قول عيسى بن دينار ، وآخره موافق للمذهب جزمًا .

بند 557 – ومن ذلك : الأراضي التي تنكشف وتتصل لانتقال الماء شيئًا فشيئًا من أحد الساحلين إلى الآخر ؛ فيملك صاحب الأرض التي بالساحل الذي انحسر عنه الماء ما
58/ب اتصل بملكه من الأراضي المكشوفة بدون أن / يكون لصاحب الأرض التي غمرتها المياه أن يطلب شيئًا منها بدل ما نقص من أرضه ، وليس الحكم كذلك فيما تولد من الأرض بسواحل البحر المالح من تحولات المياه وانتقالاتها . راجع بند 538 مدني [1] .

176 ** صدر هذا البند موافق للمذهب كما علمت مما قبله .

بند 558 – لا يسري هذا الحكم على الترع (2) على جميع الأراضي التي غمرها الماء عند فيضانه المعتاد ونقص عنها ؛ بخلاف ما إذا فاض الماء عن حد العادة وغمر محلا ليس للمالك ؛ فإنه لاحق له في تطلبه متعللاً بفيضان مائه عليه . راجع بند 457 وما بعده حدود .

177 ** من فجر ماء بأرض ؛ بأن فتق بها عينًا فإنه يختص بها وبالأرض التي تزرع عليها [3] ، كما في الدردير عند قول المصنف : « والإحياء بتفجير ماء إلخ » [4] . أي التي تزرع عليها من أرض الموات سواء كان الزرع بالفيضان أو بالسقي ، كما هو مقتضى التعميم . فالبند موافق للمذهب في ملكية صاحب الماء للأراضي التي غمرها الماء عند الفيضان المعتاد .

بند 560 – الجزائر كبيرة كانت أو صغيرة والأراضي التي حدثت من طمي الأنهر الصغيرة أو الكبيرة التي تسير فيها السفن بنفسها أو بواسطة تكون مملوكة
59/أ للحكومة مالم يكن طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح ، أو تكون / خرجت من قبضة الحكومة بالمدة الطويلة . راجع بند 538 وبند 2227 مدني [5] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 125/1 .

(2) هكذا بالأصل ، والتحقيق أن بالكلام نقصا كما يفيده نص البند المذكور من تعريب القانون الفرنساوي المدني 125/1 ومؤدى البند فيه : « لا يسري هذا الحكم على الترع والبرك المملوكة أعيانها ، بل يكون الملك لصاحبها على جميع الأراضي التي غمرها الماء عند فيضانه المعتاد ونقص عنها ؛ بخلاف ما إذا فاض الماء عن حد العادة وغمر محلًا ليس للمالك فإنه لاحق له في تطلبه متعللا بفيضان مائه عليه . راجع بند 457 وما بعده حدود » .

(3) قاعدة : من فجر ماء بأرض ، بأن فتق بها عينا فإنه يختص بها وبالأرض التي تزرع عليها .

(4) نص الشيخ الدردير كما ورد في كتابه : « والإحياء » الذي هو من أسباب الاختصاص يكون بأحد أمور سبعة « بتفجير ماء » بأرض ، كأن يحفر بئرًا ، أو يفتق عينًا ؛ فيختص بها وبالأرض التي تزرع عليها .... » الشرح الكبير للدردير 69/4 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 126/1 .

178 ** ربما يستفاد حكم صدر البند إلى قوله : للحكومة من قول سحنون السابق (1) في الكلام على بند 556 : « وإن كان قد طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح كإقطاع » فالأمر واضح ؛ فمن أول البند إلى قوله : بوجه صحيح موافق للمذهب .

بند 561 – الجزائر والأراضي الحادثة من الطمي داخل الأنهر الغير القابلة لسير السفن تكون ملكًا لصاحب الأرض بالساحل القريبة منه ؛ فإذا تكونت في جهتي الساحلين على حد سواء كانت ملكا لأرباب الأراضي التي على النهر من الجانبين ؛ فتقسم بينهم برسم خط مفروض في منتصف الساحلين (2) .

179 ** من أول البند إلى قوله : إلى الجانبين ، يستفاد حكمه من قول حمد يس في العبارة السابقة ، فهو موافق لذاك القول (3) .

بند 562 – إذا تفرع من نهر كبير أو صغير فرع حادث ، ودخل أرضًا ساحليةً مملوكة ؛ فجميع ما يحدث فيه من الأراضي والجزائر يكون ملكا لمن دخل هذا الفرع في أرضه ؛ ولو كانت مياه هذا الفرع يمكن فيها سير المراكب والسفن . راجع بند 538 ، وبند 560 مدني (4) .

180 ** يستفاد حكم هذا البند من قول حمد يس السابق ؛ فهو / موافق للمذهب (5) . 59/ب

الفصل الثاني

« في الحقوق التبعية الحادثة على المنقولات » (6)

بند 570 – إذا صنع صنائعي أو غيره مصنوعًا من مهمات وموجودات لغيره سواء أمكن رد تلك المهمات إلى حالتها الأصلية أو لا فلصاحب المهمات التي تركب منها هذا المصنوع أن يطلب الشيء المصنوع المركب من أجزائه ، ويدفع للصانع أجرة عمله الذي هو معدود تبعيًا . راجع بند 571 وما بعده ، وبند 1787 مدني (7) .

---

(1) راجع البند المذكور والتعليق الفقهي عليه في ص 146 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 126/1 .

(3) راجع ص 146 فقرة 175 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 126/1 .

(5) راجع ص 146 فقرة 175 .

(6) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 565 إلى 569 ومن البنود 571 إلى 577 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 128/1 .

181 ** اعلم ان بقاء المغصوب بعينه يوجب رده [1] ، وفوت المغصوب المثلي بالتلف أو بالتعيب يوجب غرم مثله [2] وفوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته ، وفوته مع وجوده كشاة ذبحت ، وغزل وحلي تعيب ، وثوب خاطه الغاصب لا [3] يوجب غرم قيمته ؛ بل يوجب التخيير بين أخذه وأخذ قيمته ، هذا هو المستفاد من كتب المذهب كالمجموع والدردير والدسوقي [4] . فللبند مناسبة بالمذهب في أصل تخيير المالك المغصوب منه بين أخذ المغصوب وتركه ؛ وإن اختلف التعبير .

بند 577 – يجوز أيضا الحكم على من استعمل أجزاء الغير بدون علمه أن يدفع الخسارة المترتبة على ذلك إن كان ثمة خسارة ، وهذا كله لا يمنع من طلب الآخذ أمام المحاكم الجنائية ؛ إذا كان أخذها على وجه يستدعي ذلك . راجع بند 1149 ، وبند 1382 مدني ، وبند 379 حدود / [5] . 60/أ

182 ** من غصب شيئًا وهو مميز ، صغيرًا كان الغاصب أو كبيرًا فإنه بعد أن يؤخذ منه ما غصبه يؤدب ؛ لحق اللّه – تعالى – باجتهاد الحاكم ؛ ولو عفا عنه المغصوب [6] منه [7] . فللبند مناسبة بالمذهب في تعلق التأديب بالغاصب .

---

(1) قاعدة : بقاء المغصوب بعينه يوجب رده .

(2) قاعدة : فوت المغصوب المثلي بالتلف أو بالتعيب يوجب غرم مثله .

(3) قاعدة : فوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته وفوته مع وجوده لا يوجب غرم قيمته .

(4) راجع في مواطن مختلفة الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 443/3 ، 444 ، 447 ، 450 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 129/1 .

(6) قاعدة : من غصب شيئًا وهو مميز ، صغيرًا كان الغاصب أو كبيرًا فإنه بعد أن يؤخذ منه ما غصبه يؤدب ، لحق الله تعالى باجتهاد الحاكم ، ولو عفا عنه المغصوب منه .

(7) هذا هو المعتمد في المذهب ، وقال المتيطي – من علماء المذهب – لا يؤدَّب الغاصب إذا عفا عنه المغصوب منه (حاشية الدسوقي 442/3) .
– وتأديب الغاصب يكون باجتهاد الحاكم ، فلا يحدد بقدر معلوم من الأسواط « المرجع السابق » .

الكتاب الثالث

في إباحة منافع الأعيان وثمراتها وريعها ، وفي إباحة الاستعمال والانتفاع وفي إباحة السكنى

الباب الأول

« في منافع الأعيان وثمراتها وريعها »

بند 578 – استباحة المنفعة والثمرة أو الريع هو حق يباح لإنسان أن ينتفع بريع أعيان الغير ويكون كمالكها الأصلي في الانتفاع ؛ لكن بشرط حفظ أعيانها . راجع بند 384 وما بعده مدني [1] .

183 ** تقدم بيان حقوق ملكية الذات ، وملكية المنفعة ، وملكية الانتفاع [وما هنا إنما يشمل حق ملكية المنفعة والانتفاع] [2] فهو موافق للمذهب .

بند 579 – إباحة المنفعة المذكورة إما أن تكون مبنية على نص الأحكام والقوانين ، أو بعقد بين المالك وذي المنفعة . راجع بند 384 مدني [3] .

184 ** حق الانتفاع يكون بالأحكام الشرعية [4] ، كالانتفاع بالموات قريبًا لأهل البلدة ، أو عموم الناس ، أو بعيدًا . أفاده الدردير في أول إحياء الموات [5] . وكالانتفاع ببيوت المدارس والربط ، ويكون بالإسقاط من الغير فيستحق المسقط له الانتفاع ، حيث كان من أهله ، كما وقع للبرزلي [6] في سكنى / خلوة الناصرية ؛ 60/ب فإنه قد أسقط له حقه فيها من كان يملك الانتفاع بها عند قدومه لسفر الحج .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 130/1 .

(2) مثبت على هامش الأصل ، وقد أشار الناسخ إلى سقطه .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 130/1 .

(4) قاعدة : حق الانتفاع يكون بالأحكام الشرعية .

(5) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 66/4 .

(6) البُرْزلي : هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ، أخذ عن ابن عرفة ، وابن مرزوق وغيرهما ، وعنه أخذ ابن ناجي والرصاع وابن عظوم وغيرهم ، رحل إلى القاهرة وطلب بها العلم وحصل ، ثم عاد إلى تونس وصار إمامًا بالزيتونة ، من آثاره : الديوان الكبير في الفقه ، والحاوي في النوازل ، توفي سنة 844 هـ (شجرة النور الزكية ص 245) .

ذكره الدسوقي أوائل باب الإعارة [1] . وحق المنفعة يكون بما يدل كما في الإعارة [2] ، وبعقد وأجركما في الإجارة] [3] . فللبند مناسبة بالمذهب واضحة جدًّا .

بند 580 – يجوز إباحة حق المنفعة بدون شرط ولا تعليق ، وبدون تأجيل مدة ، كما يجوز أن يكون بأجل معلوم ، وشروط معلومة [4] .

185 ** البند موافق للمذهب في العارية ، وفي إسقاط حق الانتفاع ؛ فإنه يجوز فيه التأجيل والإطلاق ، ويجوز كونه بعوض وبدونه ، كما ذكره الدسوقي أول باب الإعارة [5] .

بند 581 – لا فرق في الأعيان التي يجوز إباحة منفعتها بين أن تكون منقولة أو غير منقولة . راجع بند 587 إلى بند 590 ، وبند 600 مدني [6] .

186 ** هذا البند موافق للمذهب كما يعلم بتمام الاطلاع على مسائله .

الفصل الأول

« في بيان التصرف في المنافع والثمرات لمن لهم الحقوق عليها » [7]

بند 582 – لذي المنفعة الحق في التصرف في جميع ثمرات العين التي له عليها حق الانتفاع ، سواء كانت هذه الثمرات طبيعية ، أو صناعية ، أو مدنية . راجع بند 583 وبند 584 مدني [8] .

61/أ **187** ** موافق للمذهب إلى قوله / : أو صناعية بتقييد الثمرات بما أباحه الشارع .

بند 585 – من أبيح له حق منفعة طبيعية أو صناعية في أرض ، كانت له ثمرات الأشجار من وقت إباحة المنفعة ، وحبوب النباتات ؛ إذا كانت في سنابلها

---

(1) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 434/3 .

(2) أي بما يدل على الإعارة قولًا كأعرتك ، أو نعم جوابًا لأعرني كذا ، أو فعلًا كإشارة أو مناولة ؛ فليس لها صيغة مخصوصة ، بل كل ما دل على تمليك المنفعة بغير عوض كفى . (الشرح الكبير للدردير 435/3) .

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 2/4 ، 3 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 130/1 .

(5) حاشية الدسوقي 434/3 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 130/1 .

(7) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 583 ، 584 ، 586 ، 589 إلى 594 ، 596 ، من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني في المقارنة .

(8) السابق .

أو على عيدانها وقت عقد المنفعة أيضا ؛ بخلاف ما كان مقطوعًا منها على الأرض ؛ فإذا انقضت مدة أجل الانتفاع بهذا الحق ، ووجب رد العين لمالكها الأصلي ، فما وجد من الثمار والغلال والحبوب على أغصانها أو في سنبله وعلى عيدانه يكون لمالك العين ، ولا يطالب بدفع مصاريف العمل ولا أثمان البذور المستعملة تقاوي في الحالة الأولى من المنتفع ، ولا في الثانية من مالك العين ؛ وهذا في غير نصيب المزارعين والمرابعين ؛ فهم يأخذون في كلتا الحالتين ما شرط لهم في نظير عملهم . راجع بند 524 ، وبند 548 ، وبند 582 ، وبند 583 ، وبند 1763 مدني [1] .

188 ** معلوم أن الإعارة المقيدة بزمن أو عمل تنقضي بانقضائه ، ويجب رد العين لمالكها [2] ، ومن استعار أرضًا ليبني فيها ، أو ليغرس وجعل المعير لذلك مدة معينة أو لم يجعل وانقضت مدة البناء أو الغرس المشترطة أو المعتادة ، فحكم ذلك كحكم الغاصب لأرض بنى بها أو غرس ؛ فالخيار للمعير بين أمره بهدمه وقلع شجره وتسوية الأرض كما كانت وبين أخذه ودفع قيمته منقوضا بعد / إسقاط أجرة من يهدمه 61/ب ويسوي الأرض ؛ إذا كان المستعير لا يتولى ذلك بنفسه أو خدمه ، وإلا لم يعتبر إسقاط ما ذكر ويدفع له قيمته منقوضًا بتمامها . ذكره الدردير [3] ، وفي شرح الشيخ على متن مجموع الأمير : وإنما كان المستعير كالغاصب مع أنه مأذون له في البناء والغرس ؛ لدخوله على ذلك بتجديده بزمن ينقضي ، وبناؤه أو غرسه قائم اهـ . فهذا التعليل يقتضي أن انقضاء مدة الإعارة قبل قلع الزرع يصير به المستعير كالغاصب [4] ؛ فحكمه حينئذٍ كما يفيده المصنف والدردير أول فصل الاستحقاق [5] : أنه إن لم يبلغ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 131/1 .

(2) قاعدة : الإعارة المقيدة بزمن أو عمل تنقضي بانقضائه ويجب رد العين لمالكها .

(3) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 439/3 .

(4) قاعدة : انقضاء مدة الإعارة مثل قلع الزرع يصير به المستعير كالغاصب .

(5) الشرح الكبير للدردير على مختصر العلامة خليل « المصنف » 461/3 .

جاء في الشرح الكبير فصل (وإن زرع غاصب لأرض أو لمنفعتها فاستحقت) أي الأرض .... (فإن لم ينتفع بالزرع) بأن لم يبلغ أحد الانتفاع به ظهرا أو لم يظهر (أخذ بلا شيء) في مقابلة البذر أو العمل وإن شاء أمره بقلعه (وإلا) بأن بلغ حد الانتفاع به ولو لرعي (فله) أي للمستحق (قلعه) أي أمر ربه بقلعه وتسوية الأرض ... (وله أخذه بقيمته) مقلوعًا (على المختار) بعد إسقاط كلفة قلعه لو قلع إذا كان الغاصب شأنه أن يتولاه . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 461/3 ، 462 .

الزرع حد الانتفاع به ظهر أو لم يظهر ؛ فللمالك أخذه بلا شيء في مقابلة البذر أو العمل ، وله أمر المستعير بقلعه ، وإن بلغ حد الانتفاع به ولو لرعي فللمالك أمر رب الزرع بقلعه وتسوية الأرض ؛ إن لم يفت وقت ما ترادّ الأرض له مما زرع فيها خاصة ، كقمح أو فول ؛ فإن فات فكراء السنة يلزم المعير ، وللمالك أخذه بقيمته مقلوعًا بعد إسقاط كلفة قلعه لو قلع ؛ إذا كان الغاصب شأنه أن لا يتولاه كما تقدم . فالبند موافق للشرع في وجوب رد العين لمالكها عند انقضاء مدة الإعارة ، ومناسب له في الثمار والغلال والحبوب في الجملة بأحد شقي تخيير المالك .

بند 587 – إذا كانت المنفعة المباح الانتفاع بها لا يمكن ذلك منها بدون
62/أ التصرف في أعيانها كالدراهم والغلال والمائعات / جاز لذي المنفعة بأن يتصرف في أعيانها ؛ بشرط أن يرد عند انقضاء الأجل مثلها في الجنس والصفة والعدد ، أو يرد قيمتها عند ذلك [1] .

189 ** الأطعمة والنقود قرض لا عارية ؛ فيجب رد مثلها ولو وقعت بلفظ العارية [2] ؛ لأن المقصود من العارية الانتفاع بها مع رد عينها لربها [3] ، وما ذكر إنما ينتفع به مع ذهاب عينه [4] ، كذا في الدردير والدسوقي . فالبند موافق للمذهب ماعدا قوله : أو يرد قيمتها عند ذلك .

بند 588 – من له منفعة مرتبة على جهة من الجهات ؛ لينتفع بها مدة حياته وأسقط حق انتفاعه لآخر ، فللمسقط له أن يقبض المرتب المستحق الصرف له ولو دفعه لغاية مدة انتفاعه بدون أن يكون له علاقة برأس المال . راجع بند 578 ، وبند 582 ، وبند 610 ، وبند 856 مدني [5] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 131/1 وما بعدها .

(2) قاعدة : الأطعمة والنقود قرض لا عارية ، فيجب مثلها ولو وقعت بلفظ العارية .

(3) مذكور بنصه في الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 435/3 .

(4) أي والنقود والأطعمة إنما ينتفع بها مع ذهاب عينها . ذكره الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير 435/3 . جاء في حاشية الدسوقي : (قوله مع رد عينها) أي والنقود والأطعمة إنما ينتفع بها مع ذهاب عينها . وجاء في الشرح الكبير : (والأطعمة والنقود قرض) لا عارية وإن وقعت بلفظ العارية لأن المقصود من العارية الانتفاع بها مع رد عينها لربها الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 435/3 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 132/1 .

190 ** من ملك حق الانتفاع وتقدم مثاله يجوز له أن يسقط حقه منه لغيره [1] ؛ فيستحق ذلك الغير الانتفاع به ، حيث كان من أهله ، وكذا من له وظيفة له أن يسقط حقه منها ، لا فرق بين كون الإسقاط المذكور مجانا أو في مقابلة دراهم على المعتمد . وإذا أسقط مالك الانتفاع حقه منه سقط حقه على الوجه الذي أسقطه ؛ فإن أسقطه مدة مخصوصة رجع إليه بعد انقضائها كالعارية ، وإن / أطلق في الإسقاط 62/ب فلا يعود [2] له [3] . فالبند يناسب المذهب جدًّا في النزول عن الوظائف .

بند **589** – إذا كان المنتفع به غير مستهلك العين بالاستعمال عاجلًا ؛ بل إنما يبلى بالاستعمال تدريجيا كالملبوسات ، والمفروشات ، والأمتعة الاستعمالية ؛ فلذي المنفعة استعمالها فيما أعدت له ، وليس عليه بعد تمام مدة حق الانتفاع بها أن يردها لحالتها الأولى [4] وقت التسليم ؛ بل يردها على الحالة الحاضرة عند فراغ مدة الانتفاع بها ؛ ولو كانت أجزاء بالية . وإنما يشترط أن لا يكون ذلك ناشئًا عن تقصير أو تدليس منه وإلا ضمن . راجع بند 617 وما بعده ، وبند 950 مدني [5] .

191 ** البند جميعه موافق للمذهب ما عدا قوله : أو تدليسٍ منه ؛ فإني لم أره في المذهب .

بند 595 – لذي المنفعة التمتع بالمنفعة بنفسه أو بغيره ، بإيجارها ، أو بيعها ، أو التبرع بها على قدر مدة انتفاعه لآخر ؛ فإن أجرها فعليه أن يحدد مدة الإيجار ، وأن يشترط في ذلك وفي تحديد الإيجار الشروط الواجب اشتراطها من طرف الزوج إذا تصرف في أملاك زوجته طبقا لما هو منصوص في كتاب النكاح ، وبيان ما لكل من الزوجين من الحقوق على مالآخر . راجع بند 1429 وما بعده مدني [6] .

192 ** للمستعير أن يعير ما استعاره [7] ، كما له أن ينتفع بنفسه / مالم يمنعه المالك 63/أ

(1) قاعدة : من سلك حق الانتفاع يجوز له أن يسقط حقه منه لغيره .

(2) قاعدة : إذا أسقط مالك الانتفاع حقه منه سقط حقه على الوجه الذي أسقطه ، فإن أسقطه مدة مخصوصة رجع إليه بعد انقضائها كالعارية وإن أطلق في الإسقاط فلا يعود له .

(3) حاشية الدسوقي 434/3 .

(4) كحالتها الأولية هكذا في نص تعريب القانون الفرنساوي المدني .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 132/1 . (6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 133/1 .

(7) هذا مكروه في المذهب ، قال الدردير : « ... إذ يكره له أن يعيره ما استعاره ، ومحل الصحة مالم يمنعه المالك كما تقدم » . الشرح الكبير 433/3 .

منعًا صريحًا أو غيره [1] ، كقوله : لولا أخوتك أو ديانتك أو نحو ذلك ما أعرتك [2] . فالبند يوافق المذهب في تمتع ذي المنفعة في نفسه ، وفي التبرع بها لغيره .

بند 597 – لذي المنفعة أيضا أن ينتفع بالحقوق القسرية أي حقوق الجيرة ، كالمطل على ملك الغير ، والتطرق والمرور ، وبالجملة : فله جميع الحقوق التي تكون للمالك نفسه ؛ فتمتعه بها كتمتعه . راجع بند 544 ، وبند 598 مدني [3] .

193 ** مناسبة هذا البند للمذهب واضحة .

بند 598 – وله أيضا كما للمالك الانتفاع بالمعادن والمحاجر التي وجدت سفالة بالأرض التي له منفعتها وقت حلول انتفاعه ؛ فله فوائدها ، فإن تعذر تشغيلها إلا بإذن الحكومة لزمه الاستحصال عليه قبل تشغيلها من طرفه . راجع بند 552 ، وبند 1403 مدني .

وكما لا حق له في المعادن والمحاجر التي لم تكن شغالة عند حيازة حق الانتفاع ؛ ليس له الانتفاع بالوقود المعدني المستخرج من الحفر ؛ إلا إذا كانت حفرته شغالة حين حيازة حق الانتفاع ؛ ولا في الكنوز والركاز والدفائن التي صار استكشافها في أثناء إباحة المنفعة [4] .

194 ** للإمام التصرف في المعدن ولو بملك معين ، سدًّا لباب الهرج [5] ؛ إلا مصالحاً فله . فإن أسلم رجع للإمام على مذهب المدونة ، وهو الراجح ؛ لزوال أحكام الصلح بالإسلام . قاله / في المجموع . والكنوز إن كانت دفن مسلم أو ذمي 63/ب
فهي لقطة يعرفها واجدها سنة ، وبعدها توضع في بيت المال . وإن كانت دفن جاهلي فهي ركاز يخرج عنه الخمس لبيت المال ، وباقيه لواجده . وللدفائن تفصيل في المذهب [6] ، لا يقضى لنحو المستعير بشيء . فآخر البند موافق للمذهب في

---

(1) قاعدة : للمستعير أن يعير ما استعاره ، كما له أن ينتفع بنفسه مالم يمنعه المالك منعا صريحا أو غيره .

(2) المرجع السابق .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 134/1 .

(5) قاعدة : للإمام التصرف في المعدن ولو بملك معين سدًّا لباب الهرج .

(6) قال ابن جزي المالكي في باب الركاز والمعادن (الدفائن) : أما الركاز فهو الكنز ، ويختلف حكمه باختلاف الأرض التي وجد فيها ، وذلك أربعة أنواع ، **الأول** : أن يوجد في الفيافي ويكون من دفن الجاهلية فهو لواجده ، وفيه الخمس إن كان ذهبا أو فضة ، وإن كان من غيرهما فلا شيء فيه ، وقيل الخمس . **الثاني** : أن يوجد في أرض متملكة ، فقيل : يكون لواجده ، وقيل : لمالك الأرض . **الثالث** : أن يوجد في أرض فتحت عنوة ، فقيل لواجده وقيل للذين افتتحوا الأرض . **الرابع** : أن يوجد في أرض فتحت صلحًا ؛ فقيل لواجده ، وقيل لأهل الصلح . وهذا كله مالم يكن بطابع المسلمين فحكمه حكم اللُّقَطَة .

=

كون المستعير لاحق له في المعادن المذكورة والكنوز وما بعدها .

بند 599 – لا يجوز لمالك العين أن يضر بفعله أو بسبب ما بحقوق ذي المنفعة ، كما لا يجوز لذي المنفعة عند انتهاء مدة الانتفاع أن يطلب شيئًا في مقابلة الإصلاح الذي أحدثه في الأعيان ؛ ولو غلت بها قيمتها الأصلية ، ولكن له أو لورثته أخذ ما كان وضعه فيها من أمور الزينة ، كالمرايا ، والتصاوير ، وغيرها من أنواع الزينة ؛ بشرط أن لا يحصل خلل من انتزاعه ؛ فإن حصل خلل من النزع فعليه إصلاحه ، وإعادة المحل كما كان أولًا . راجع بند 525 وبند 1122 مدني [1] .

195 ** إذا قيدت العارية بعمل أو أجل لزمت لانقضائه [2] ؛ فلا يجوز لمالك العين في المدة التعدي علي شيء من حقوق المنفعة ، وما وضعه المستعير في الدار من أمور الزينة كالمرايا فهو له كما هو معلوم ، فإن ركبه في الحائط وحصل خلل بانتزاعه فإنه يلزم المستعير إعادة الحائط كما كان / على قول مخالف للمشهور ، أفاده الدسوقي عند قول المصنف : « ومن هدم وقفًا فعليه إعادته » [3] . فأول البند موافق للمذهب إلى قوله : ذي المنفعة ، وكذا قوله : ولكن له ولورثته إلى آخر البند . 64/أ

الفصل الثاني

« في بيان واجبات ذي المنفعة » [4]

بند 615 – إذا كان المنتفع به دابة وهلكت من غير تقصير المنتفع فلا يلزم ببدل

= وأما المعدن فهو ما يخرج من الأرض ، من ذهب أو فضة بعمل وتصفية ... وبالنسبة لملكه ينقسم إلى ثلاثة أقسام : **الأول** : أن يكون في أرض غير متملكة فهو للإمام . **الثاني** : أن يكون في أرض مملوكة لمعين ، فهو لصاحبها ، وقيل للإمام . **الثالث** : أن يكون في أرض متملكة لغير معين كأرض العنوة والصلح ؛ فقيل لمن افتتحها ، وقيل للإمام . اهـ . قوانين الأحكام الشرعية ص 98 .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 134/1 .

(2) قاعدة : إذا قيدت العارية بعمل أو أجل لزمت لانقضائه .

(3) جاء في حاشية الدسوقي (قوله ومن هدم وقفًا إلخ) أي سواء كان الهادم واقفة أو كان أجنبيًا أو كان الموقوف عليه المعين (وقوله فعليه إعادته) ولا تؤخذ قيمته أي لا يجوز ذلك لأنه كبيعه ... وظاهر المصنف أنه يلزم الهادم إعادته ولو كان ذلك الهدوم باليًا وهو كذلك لأن النادم ظالم بتعديه ، والظالم أحق بالحمل عليه ومفهوم وقفًا أنه لو هدم ملكًا فعليه قيمته وهو المشهور لا إعادته . حاشية الدسوقي 92/4 .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود من 600 إلى 614 ، والبند 616 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

ولا قيمة . راجع بند 617 وما بعده وبند 950 مدني [1] .

196 ** مفاد المذهب أن الدابة المستعارة إذا هلكت من غير تفريط ولا تَعَدٍّ من المستعير لا يضمن [2] قيمتها [3] ، فالبند موافق للمذهب من حيث عدم ضمان القيمة بدون تقصير .

الفصل الثالث

« في انقضاء حق المنفعة » [4]

بند 617 – ينقضي حق المنفعة بعدة أشياء ، **أولا** : بموت ذى المنفعة ، أو بالحكم عليه بالموت المدني . **ثانيًا** : بفراغ مدة الانتفاع وتمامها . **ثالثًا** : بالتمكين ، أي انتقال صفتي الانتفاع والملكية إلى رقبة واحدة ؛ فيغلب حق الملكية ، لاندراجِ حق الانتفاع فيه . **رابعًا** : بفوات المنفعة بالمدة الطويلة ، وهي ثلاثون سنة . خامسًا : بذهاب العين التي تعلقت بها المنفعة . راجع بند 23 ، وبند 25 مدني ، وبند 18 حدود [5] .

197 ** معلوم أن حكم العارية ينتهي بانتهاء ما قيدت به ، من عمل أو أجل ، 64/ب وبمضي ما تعار له ، وبتلف العين التي تعلقت / بها المنفعة [6] ؛ إذا كان بإتلاف غير المعير ، أما لو كان بإتلافه ولزمت بتقييد بزمن أو عمل أو مضي ما تعار له فهل يلزمه قيمتها ويشترى بها ذاتاكي يستوفي منها المنفعة المعارة ، أو يغرم قيمة المنفعة المعارة؟ خلاف ذكره الأجهوري عند قول المصنف في باب الإعارة : « ولزمت المقيدة » إلخ [7] . فالبند مناسب للمذهب في الثاني والخامس .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 138/1 .

(2) قاعدة : الدابة المستعارة إذا هلكت من غير تفريط ولا تعد من المستعير لا يضمن قيمتها .

(3) الشرح الكبير للدردير 436/3 .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 619 ، 620 ، 622 ، 624 ، من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 138/1 وما بعدها .

(6) قاعدة : حكم العارية ينتهي بانتهاء ما قيدت به ، من عمل أو أجل بمضي ما تعادله ، وبتلف العين التي تعلقت بها المنفعة .

(7) جاء في حاشية الدسوقي . وأعلم أن ما ذكره المصنف من التفصيل في زيادة الحمل طريقة لابن يونس قال ابن عرفة وظاهر كلام عبد الحق وغير واحد من الشيوخ أن زيادة الحمل كزيادة المسافة في التفصيل المذكور فيها (قوله ولزمت المقيدة إلخ) ابن عرفة اللخمي أن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه وإن لم تؤجل كقوله : أعرتك هذه الأرض أو هذه الدابة أو الدار أو هذا العبد أو الثوب . ففي صحة ردها ولو بقرب =

بند 618 – يبطل الانتفاع بمجاوزة ذي الانتفاع الحدّ في الاستعمال ؛ كأن حصل في العين المنتفع بها خلل أو تلف ؛ بسبب إهماله وعدم الالتفات إلى الحفظ . ويجوز لمن لهم دين على ذي المنفعة أن يدخلوا في إقامة الدعوى في هذه الحالة للذب عن حقوقهم ، ولهم زيادة على ذلك أن يلتمسوا من صاحب العين أن يأذن لهم بإصلاح ما تلف في العين ، وأن يضمنوا حسن التصرف في المستقبل ، فتارة تحكم القضاة بفوات حق الانتفاع بالكلية على حسب ما تقتضيه حالة التلف ، وتارة يحكمون بأن تعود المنفعة لصاحب الملك ويلزمونه بدفع مقدار سنوي لذي المنفعة في نظير انتفاعه ، أو لمن ينتقل إليه ذاك الحق إلى أن تتم مدة الانتفاع . راجع بند 622 ، وبند 1166 ، وبند 1167 مدني [1] .

198 ** معلوم أنه إن تلفت العارية بإهمال المستعير وتفريطه [انتهى] [2] حق المستعير مع ضمان القيمة [3] . فصدر البند يوافق المذهب في بطلان الانتفاع بما ذكر / . 65/أ

بند 621 – بيع العين المنتفع بها لآخر لا يضيع حق المنفعة ولا ينقصه شيئًا بل يستمر ذو الانتفاع على التمتع بحقوقه إلا إذا أسقط حقه في ذلك . راجع بند 1584 مدني [4] .

199 ** ذكر العدوي عند قول المصنف في البيوع : « وجاز بيع عمود » إلخ [5] . أن العمود المستعار ، أو المستأجر الذي عليه بناء يباع بعد انقضاء مدة الإجارة [6] ، أو العارية المقيدة بالزمن ، أو مضي ما تعار له العارية المطلقة ؛ فقد جعل مضي المدة قيدًا في جواز البيع فيما ذكر ، وهل غيره مساوٍ له ؟ الظاهر نعم كما يدل له إطلاق قول المصنف في العارية : « ولزمت المقيدة » إلخ [7] ، وفي الحطاب من باب الإجارة عند

= قبضها ولزوم قدر ما تعار إليه . ثالثها إن أعاره لسكنى أو غرس أو بناء فالثاني وإلا فالأول . الأول لابن القاسم فيها مع أشهب و الثاني لغيرهما ، والثالث لابن القاسم فقول المصنف وإلا فالمعتاد مخالف بظاهره للمدونة إلا أن ابن يونس صوبه اهـ حاشية الدسوقي والشرح الكبير 438/3 ، 439 .

(1) تعريب القانون الفرنساوي 139/1 .

(2) في الأصل : [انتهب] ، وظاهر خطؤه .

(3) التاج والإكليل على مختصر خليل 269/5 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 140/1 .

(5) جاء في الشرح الكبير (وجاز بيع عمودٍ) مثلا (عليه بناء للبائع) أو غيره ودفع بهذا أن كون البناء عليه يمنع القدرة على تسليمه (إن انتفت الإضاعة) الشرح الكبير 13/3 ، 14 .

(6) هذا خلاف ما في حاشية الدسوقي ، فقد صرح بأن من استأجر عمودًا أو استعاره مدة ، وأراد المالك بيعه قبل مضي تلك المدة جاز له ذلك . حاشية الدسوقي 14/3 .

(7) راجع الشرح الكبير على مختصر المصنف « خليل » في الموضع المذكور 439/3 .

قول المصنف : « واستئجار مؤجر إلخ » عند المعونة يجوز بيع العين المستأجرة من مستأجرها وغيره ، والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة ، وللمؤجر جميع الأجرة ، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار ا هـ [1] . فأنت تراه لم يجعل بيع المستأجر متوقفًا على مضي مدة الإجارة ، وكثيرًا ما يقع منهم التسوية بين المعار والمستأجر كما في قول المصنف في باب المفقود : « وأبدلت في المنهدم ، والمعار ، والمستأجر إلخ [2] » ؛ فلعل جعل المضي قيدًا ؛ لجواز بيع العمود لصعوبة أمره بالبناء عليه ؛ بخلاف ما عداه ، فإنه كالعين المستأجرة يجوز بيعه قبل مضي مدة الإعارة ، والمنفعة للمستعير إلى انقضاء
65/ب مدتها ؛ فعلى التساوي / بين العمود وغيره يكون حق المستعير مانعًا من بيع ما ذكر ابتداءً ، فالمذهب عليه أقوى من البند في بقاء الحق للمستعير ؛ لتوقف البيع على استيفائه .

بند 623 – إذا تلف جزء من عين وكان لإنسان عليها منفعة فلا يزال حقه باقيًا على ما بقي من العين . راجع بند 615 وما بعده مدني [3] .

200 ** في الشيخ أصيل [4] : أنه إذا فات المقصود أي بالتفريط ضمن القيمة ، وإلا ضمن ما بين قيمته سليمًا ومعيبًا ا هـ . والذي يظهر من كلامهم أن لزوم المقيدة بعمل أو أجل ونحوها في الحالة الثانية باقٍ [5] . فالبند موافق للمذهب في المقيدة بعمل أو أجل ونحوها .

---

(1) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 408/5 .

(2) جاء في الشرح الكبير قوله (وأبدلتْ) المعتدة من طلاق أي يلزم زوجها أن يبدلها (في) المسكن (المهدم) مسكنًا غيره (و) أبدلت في المسكن (المعار) لزوجها (والمستأجر) له بفتح الجيم (المنقضي المدة) أي مدة الإعارة أو إلا الإجارة حاشية الدسوقي الشرح الكبير 448/2 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 140/1 .

(4) الشيخ أصيل هو : القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي الإمام العارف المتفنن العارف بالحديث والسنة النبوية الفاضل رئيس علماء الأندلس ، لقي شيوخ أفريقية ومصر والحجاز حج سنة 653 هـ ، وسمع منه البخاري . حدث عنه سمع قاضي المدينة عبد الملك المالكي وغيره ، ألف كتاب الدلائل إلى أمهات المسائل شرح به الموطأ ذاكرًا فيه خلاف مالك وأبي حنيفة والشافعي توفي سنة 392 .

(5) جاء في الشرح الكبير للدردير 439/3 « ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه » أي ما ذكر وهو العمل في الأولى ، والأجل في الثانية « وإلا فالمعتاد » هو اللازم ، وهو ما جرت العادة بأنه يعار إليه؛ فليس لربها أخذها قبله ؛ لأن العرف كالشرط . ا هـ .

– وأفاد الدسوقي عن الإمام اللخمي – من علماء المذهب – « أن العارية إن أجلت بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه » . حاشية الدسوقي 439/3 .

الباب الثاني

« في حق استعمال ملك الغير وحق السكنى » [1]

بند 627 – يجب على من له حق الاستعمال أو السكنى أن ينتفع بحقوقه على وجه الصيانة والديانة . راجع بند 601 مدني [2] .

201 ** لا يخفى موافقة هذا البند للشرع موافقة بينة .

بند 628 – تدرج شروط الاستعمال والسكنى بما يقع عليه التراضي والاتفاق في العقد ، ويحرر بذلك السند اللازم الذي يذكر فيه رخصة المستعمل ، وما يجوز عليه ومالا يجوز . راجع بند 1134 مدني [3] .

202 ** معلوم أنه يعتبر في العارية ما ذكره المعير في صيغتها من تقييد وإطلاق ؛ وينبني على ذلك حكم قول المصنف : « ولزمت / المقيدة بعمل إلخ » . ففي صدر البند مناسبة للمذهب . 66/أ

بند 632 – يجوز لمن له حق السكنى أن يسكن هو وعائلته في المحل الذي له السكنى عليه ، وإن تزوج بعد ذلك أسكن زوجته معه ؛ ولو كان تزوجها بعد اشتراط حق السكنى . راجع بند 627 مدني [4] .

203 ** قد ذكروا أن العارية تكون بما يدل على معناها عرفا [5] ، كأعرتك أو نعم ؛ جوابًا لأعرني [6] ، فالظاهر أن العرف كما يجري في لفظ الإعارة يجري في لفظ ما يعار له ؛ فإذا أعاره دارًا للسكنى يعتبر العرف والعادة في شأن المستعير ؛ فله أن يسكن هو وعائلته بحسب ما تعورف في مثله واعتيد مما لا يضر بالدار زيادة عن معتاد مثله ، فإن زاد بعد العارية وسكن من زاده بحيث يضر زيادة عن السكنى المقصودة عرفًا في حقه ضمن ما حصل بسببه ، وربما يدل لذلك أيضا قول المصنف في العارية : « وفعل المأذون ومثله إلخ » [7] . فالبند يناسب المذهب متى

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 625 ، 626 ، 629 ، 630 ، 631 ، 634 ، 636 إلى 639 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة . (2 – 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 141/1 .

(5) قاعدة : العارية تكون بما يدل على معناها عرفًا .

(6) الشرح الكبير لأبي البركات الدردير وحاشية الدسوقي 435/3 .

(7) جاء في الشرح الكبير قوله (وفعل) أي جاز له أن يفعل (المأذون) له فيه (مثله) كإعارته دابة ليحمل عليها إردب قمح فحمل عليها إردب فول أو ليركبها أبي محل فركبها إلى غيره مثله في المسافة وإنما منعت =

كان سكنى الطارئ لا توجب ضررًا زائدًا على أصل ما قصد بالإعارة .

بند 633 – حق السكنى مقصور على سكنى من له حق في ذلك مما يكون به الكفاية له ولعائلته فقط . راجع بند 632 مدني [1] .

204 ** مناسب للمذهب يعلم حكمه مما قبله .

بند 635 – من عقد له على انتفاع محصولات الأرض بتمامها ، أو سكنى 66/ب البيت بأكمله وجب عليه أن يدفع / جميع المصاريف اللازمة للزراعة ولإصلاح المنزل ، وأن يدفع العوائد والمطاليب اللازمة كما سبق في حق من له حق المنفعة سواءً بسواءٍ ، فإن كان العقد على جزء من ذات المحصولات أو جزء من البيت ، فلا يدفع إلا بقدر ما يخص حصته في ذلك . راجع بند 605 ، وبند 608 ، وبند 609 مدني [2] .

205 ** معلوم أن من استعار أرضًا ليزرع فيها فإنه هو الذي يقوم بجميع شأن الزراعة دون غيره ، وهذا أمر لا يتوهم خلافه . فصدر البند موافق للمذهب .

الكتاب الرابع

« في الحقوق القسرية الأرضية »

بند 637 – الحقوق القسرية هي ترتب حق لأرض على أخرى بدون أن يكون المالك واحدًا ؛ لقصد الانتفاع بالأرض الأخرى المذكورة . راجع بند 526 وبند 543 ، وبند 544 ، وبند 597 ، وبند 640 وما بعده مدني [3] .

206 ** البند يوافق المذهب في بعض الصور ، كالصورة الآتي ذكرها في الكلام على بند 640 .

= المسافة في الإجارة إلا بإذن . وجاء في حاشية الدسوقي قوله (و فعل) أي المستعير وقوله المأذون فيه أي المعير (قوله أي جاز له) إنما قال ذلك ولم يقل أي طلب منه فعل المأذون فيه ومثله لأنه المأذون فيه وكذلك مثله لا يطلب فعله وإنما هو حق مباح له إن شاء فعله وإن شاء تركه قوله (ومثله) أي وفعل مثله في الحمل والمسافة . حاشية الدسوقي ، والشرح الكبير 437/3 .

– وفي التاج والإكليل 270/5 نقلا عن المدونة ما مؤداه : « من استعار دابة ليحمل عليها حنطة فجعل عليها حجارة ، فكل ما حمل مما هو أضر بها مما استعارها له فعطبت فهو ضامن ، وإن كان مثله في الضرر لم يضمن ، كحمله عدسًا في مكان حنطة » .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 141/1 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 142/1 .

بند 638 – لا يقتضي وجوب هذه الحقوق على أرض أن يكون للأرض المترتب لها امتياز على الأرض المرتب عليها الحقوق [1] .

207 ** لا يظهر بعد استيفاء إحدى الأرضين حقها من الأخرى امتياز للمستوفية عن المستوفى منها ؛ فوجوب الحق لأرض لا يقتضي امتيازها بالضرورة ؛ فليس البند مخالفًا / للشرع . 67/أ

بند 639 – منشأ استحقاق هذه الحقوق القسرية إما أن يكون مسببًا عن موقع الأرض الطبيعي والحاجة الطبيعية إلى ذلك الحق ، أو بترتيب القوانين لتلك الحقوق ، أو باتفاق بين أصحاب الملك ؛ بعضهم مع بعض . راجع بند 640 وما بعده ، وبند 649 وما بعده مدني [2] .

208 ** منشأ استحقاق إحدى الأرضين في الصورة الآتية في الكلام على بند 640 هو علو إحدى الأرضين تارة وانخفاضها تارة أخرى ؛ فهو مسبب عن موقع الأرض الطبيعي والحاجة الطبيعية ؛ لكنه بنص الشارع الذي هو العمدة ؛ فلصدر البند مناسبة بالمذهب واضحة .

الباب الأول [3]

« في الحقوق القسرية الناشئة عن مواقع الأماكن الطبيعية بعضها مع بعض »

بند 640 – تجبر الأراضي الواطية على قبول صرف مياه الأراضي العالية الجارية بنفسها بدون فعل فاعل ، ولا يجوز في حال من الأحوال لمالك الأراضي الواطية أن يعمل سدّا أو جسرا يحجز به تصريف هذه المياه ويمنع مرورها بأرضه ، كما لا يجوز لمالك الأراضي العالية أن لا يتوقى ما يعود بالمضرة على الأراضي الواطية . راجع بند 644 ، وبند 645 ، وبند 650 ، وبند 681 مدني [4] .

209 ** إذا سال مطر بأرض غير مملوكة ويليها جنان لم تتصل بالماء كلها ؛ بل بعضها يتصل به دون بعض ، أو زرع لناس شتى سقى الأعلى أولا ، أي الأقرب

(1) السابق . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 142/1 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الباب البند 642 ، 648 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 143/1 .

67/ب للماء المذكور إن تقدم / في الإحياء على الأسفل ، أو تساويا في الإحياء ؛ وإلا قدم الأسفل ؛ كذا في الأجهوري والدردير ، وأقره محشيه [1] ، وتمامه هناك . ومعلوم أن تقديم الأسفل إنما يكون بجعل طريق للماء تمنع وصوله إلى الأعلى أولا ، وقد تتعين في ذات الأعلى عند عدم إمكانها في غيره ، كقناة فيه توصل الماء إلى الأسفل . والظاهر أن الطريق كما تعتبر في سقي الماء عند الحاجة إليها تعتبر في صرفه كذلك [2] ؛ فعلى صاحب الأرض السفلى أن يجعل في أرضه عند الحاجة طريقا لماء الأرض العليا ، ومما يدل على أن الطريق قد تتعين في أرض الغير عند الحاجة ما قاله الأجهورى في الكلام على قول المصنف في إحياء الموات : « والأرجح بالثمن ؛ كفضل بئر زرع إلخ » ونصه : إذا كان لا يمكنه سقي الزرع المحتاج للسقي إلا بتلف بعض زرع رب الماء فإنه من اجتماع ضررين ؛ فيرتكب أخفهما [3] . والظاهر أنه يغرم لرب الماء قيمة ما تلف من زرعه اهـ [4] . ومنه يعلم أن الطريق إذا أخذت جزءًا من الأرض الخراجية فإن على من أخذت له الطريق خراج ما شغلته من الأرض [5] ، وحيث وجب على رب الأرض السفلى صرف مياه العليا كما علمت فلا يجوز لصاحب السفلى أن يمنع تصريف ماء العليا . ومعلوم
68/أ أنه لا يجوز لصاحب العليا أن يصنع ما يضر بالسفلى . فالبند موافق للمذهب / .

بند 641 – إذا كان في أرض مستعلية على أخرى عين ماء مملوكة فلصاحبها أن يتصرف فيها كيف شاء ؛ إلا إذا كان مالك الأرض الواطية قد استحق الانتفاع بمياه تلك العين بسند معتبر ، أو بطول المدة ؛ بمعنى أن صاحب الأرض الواطية انتفع بها مدة طويلة بدون معارض ؛ فإن ذلك حق ثابت له . راجع بند 642 وما بعده مدني [6] .

---

(1) علق الدسوقي على ذلك قائلا : « ومحل تقديم الأسفل السابق في الإحياء على الأعلى المتأخر في الإحياء إذا خيف على زرع الأسفل الهلاك بتقديم غيره عليه في السقي ؛ وإلا قدم الأعلى المتأخر في الإحياء على الأسفل » . راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 74/4 .

(2) قاعدة : الطريق كما تعتبر في سقي الماء عند الحاجة إليها تعتبر في صرفه كذلك .

(3) قاعدة : من لا يمكنه سقي الزرع المحتاج للسقي إلا بتلف بعض زرع رب الماء فإنه من اجتماع ضررين فيرتكب أخفهما .

(4) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 72/4 .

(5) قاعدة : الطريق إذا أخذت جزء من الأرض الخراجية فإن على من أخذت له الطريق خراج ما شغلته من الأرض .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 143/1 .

210 ** لصاحب ماء مأجل [1] وماء بئر وماء مرسال مطر ، أي محل جريه ، وهو من حل المطر بأرضه الخاصة به بملك أو منفعة منع ذلك الماء وبيعه كما ذكره المصنف والدردير في باب إحياء الموات [2] .

ومعلوم أن من استحق انتفاعًا بعين ماء كالمستعير والمستأجر فليس لصاحبها منعه [3] ، واستئجار البئر من جملة ما استثنى من قاعدة منع إجارة ما فيه استيفاء عين قصدًا ، وإذا حاز الأجنبي عقارًا أو منقولًا وتصرف فيه تصرف الملاك عشر سنين ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع لم تسمع دعواه ولا [4] بينته [5] ، ومن ذلك عين الماء المذكورة إذا استولى عليها صاحب الأرض السفلى بالوجه المذكور . فالبند موافق للمذهب بصدره ، مناسب له بوسطه ، والمذهب أقوى من آخر البند ؛ لما أن المدة الطويلة المرادة في البند أزيد من مدة الحيازة الشرعية المذكورة كما يعلم من بند 617 وبند 643 .

بند 643 – لا يجوز لمالك العين أن يغير مجرى مائها ؛ إذ / كان ينتفع بها 68/ب
سكان ناحية من النواحي أو كفر بأخذهم منها الماء اللازم لكفايتهم الضرورية ، غير أن سكان هذه الجهات إذا كانوا لم يكتسبوا ذلك بالملكية ، أو بطول المدة ؛ مما يوجب لهم استحقاق الانتفاع بهذه العين جاز لمالكها أن يطلب منهم في نظير ذلك أجرة ، يقدرها أرباب الخبرة المندوبون من طرف الحاكم الذي وظيفته إجراء ذلك . راجع بند 545 وبند 2262 وبند 302 وما بعده محاكمات [6] .

211 ** إذا كانت العين المملوكة يضطر إلى مائها المالك والجيران بحيث يظن

(1) بفتح الميم والجيم بينهما همزة ساكنة كمقعد ، وقيل بضم الميم وفتح الجيم كمعظم ، اسم لما يعد لخزن الماء كالصهريج . الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 72/4 .

(2) يرد على هذا الحكم استثناء مفاده أنه لو خيف هلاك أو ضرر شديد ولا ثمن حين الخوف فليس للمالك في هذه الحالة منعه ولا بيعه ، بل يجب عليه « أي على صاحبه » دفعه مجانا ، والحكم باستثنائه هو مشهور في المذهب ، وقال يحيى بن يحيى : لا أرى أن يمنع الحطب والنار والماء والكلأ « الشرح الكبير على مختصر خليل « المصنف » وحاشية الدسوقي 72/4 » .

(3) قاعدة : من استحق انتفاعا بعين ماء كالمستعير والمستأجر فليس لصاحبها منعه .

(4) قاعدة : وإذا حاز الأجنبي عقارًا أو منقولًا وتصرف فيه تصرف الملاك عشر سنين ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع لم تسمع دعواه ولا بينته .

(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 233/4 وما بعدها .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 143/1 وما بعدها .

هلاكهم ، أو حصول الضرر الشديد لهم لو تركوه وصبروا حتى يردوا ماء آخر وجب على ذي العين بذل الماء للمليء بالثمن المعتاد ، ولغيره بلا ثمن [1] ؛ وذلك بعد كفاية ضرورته ؛ فهي مقدمة . وله أن يؤجر البئر لهم ، كذا يؤخذ من الدردير وحاشيته في إحياء الموات عند قول المصنف : « إلا من خيف عليه » [2] . فالبند يوافق المذهب في شأن الجيران غير المالكين إذا كان هناك لهم ضرورة بالوجه المذكور .

بند 644 – من كانت أراضيه على شطوط مياه جارية غير مملوكة للحكومة كما في بند **530** من كتاب بيان الأملاك جاز له أن يسقي أراضيه من هذه المياه الجارية ؛
69/أ فإذا كانت هذه المياه مارة داخل أراضيه جاز لمالك الأرض / استعمالها كيف شاء ، بشرط أنه متى قضى حاجته منها يتركها تستمر على مجراها الأصلي . راجع بند 645 وبند 650 مدني [3] .

212 ** من كانت أراضيه على شطوط مياه مباحة فمعلوم أن له أن يسقي أراضيه بلا حجر [4] ؛ فإذا كانت هذه المياه مارة في أرضه فهو مقدم في سقي أرضه ، ثم إذا سقى فمن بعده مقدم ، وهكذا ، كما يؤخذ ذلك من قول المصنف في إحياء الموات : « وإن سال مطر بمباح إلخ » وتمامه فيه وفي شرحه [5] . فالبند موافق للمذهب .

بند 645 – إذا حصلت مشاحنة بين أرباب الأراضي المشتركة بالمياه وجب على المحاكم عند بت الحكم أن توفق بين مصلحة الزراعة وصلاحيتها بالمياه وبين حق ملكية المياه ، وعلى كل حال فيلزم التعويل على القوانين الخصوصية والعوائد المحلية المتعلقة بجريان المياه واستعمالها ؛ فبمراجعتها يجري العمل بموجبها [6] .

---

(1) قاعدة : إذا كانت العين المملوكة يضطر إلى مائها المالك والجيران بحيث يظن هلاكهم ، أو حصول الضرر الشديد لهم لو تركوه وصبروا حتى يردوا ماء آخر وجب على ذي العين بذل الماء للمليء بالثمن المعتاد ، ولغيره بلا ثمن .

(2) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 72/4 . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 144/1 .

(4) قاعدة : من كانت أراضيه على شطوط مياه مباحة فمعلوم أن له أن يسقي أراضيه بلا حجر .

(5) جاء في المختصر وشرحه : « وإن سال مطر بمباح » أي بأرض غير مملوكة ، ويليها جنان أو زرع لناس شتى (سقى الأعلى) أولًا ، وهو الأقرب للماء المذكور « إن تقدم » في الإحياء على الأسفل ، أي أو تساويا في الإحياء ، وإلا قدم الأسفل « للكعب » أي حتى يبلغ الماء فيه الكعب ، ثم يرسل للآخر على الترتيب المذكور . الشرح الكبير للدردير على مختصر العلامة خليل « المصنف » 74/4 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 144/1 .

213 ** مراعاة مصلحة الزراعة وصلاحيتها بالماء مع مراعاة حق ملكية الماء (1) أمر مقرر في المذهب ، فقد قال الدسوقي عند قول المصنف : « كفضل ماء بئر زرع » : إنه ينبغي وجوب بذل الماء إذا خيف تلف بعض زرع ريه وهلاك جميع زرع الجار ؛ ارتكابًا لأخف الضررين مع غرم قيمة بعض الزرع الذي يتلف لرب الماء على من يأخذه (2) ؛ وحينئذٍ فالبند / مناسب للمذهب كما هو ظاهر . 69/ب

بند 646 – لكل صاحب أرض أن يلزم جاره بوضع حدود الجيرة ، ومصاريف ذلك مشتركة بين الجيران ، راجع بند 38 محاكمات (3) .

214 ** قواعد الشرع تقتضي أن لكل ذي أرض أن يلزم جاره بوضع الحدود بين الأرضين ، وأجرة وضع الحدود ونقل أحجارها مثلًا مشترك بين الجيران على حسب رؤوسهم (4) ؛ أخذًا من أجرة القاسم والكاتب والمقوم ؛ فإن أجرهم إنما هو على عدد الشركاء ممن طلب القسم أو أباه لا على قدر الأنصباء كما ذكره الدردير عند قول المصنف في باب القسمة : « وأجره [بالعدد] (5) » فالبند موافق للمذهب بحسب ما يتبادر من الشركة بين الجيران .

بند 647 – لكل مالك أن يعمل لأرضه دائرًا يحيط بها إلا ما استثنى في بند 682 بخصوص الحقوق القسرية . راجع بند 544 ، وبند 552 مدني (6) .

215 ** لمالك الأرض أن يعمل لأرضه سورًا يحيط بها (7) ، ولا نعلم في المذهب

(1) قاعدة : يجب مراعاة مصلحة الزراعة وصلاحيتها بالماء مع مراعاة حق ملكية الماء .

(2) جاء في حاشية الدسوقي (قوله كفضل بئر) أي كبذله فضل بئر ماشية . وحاصله أن من حفر بئرًا في البادية في غير ملكه لماشية أو لشرب وفضل عن حاجته فضله وطلبها شخص فإنه يجبر على بذل تلك الفضلة لمن طلبها وليس له أن يمنعها ممن طلبها ولو لم يكن مضطرًا ولا صاحب زرع ويأخذه الطالب له بلا ثمن ولا يجوز له بيعه ولا هبته ولا يورث عنه ، هذا إذا لم يبين الملكية حين حفرها وإلا كان له منع الناس عنها فالتشبيه في الجبر فقط وإنما لم يجعل التشبيه تامًا لئلا تقتضي أن الجبر إنما هو للمضطر ولذي الزرع الذي انهدمت بئره مع أنه عام . حاشية الدسوقي 73/4 .
جاء في الشرح الكبير (وأجرُهُ) أي القاسم (بالعدد) أي على عدد الشركاء فمن طلب القسم أو أباه لا على قدر الأنصباء ؛ لأن تعب القاسم في تميز الأنصب اليسير كتعبه في الكبير . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 500/3 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 144/1 .

(4) قاعدة : لكل ذي أرض أن يلزم جاره بوضع الحدود بين الأرضين وأجره وضع الحدود ونقل أحجارها مثلًا مشترك بين الجيران على حسب رؤوسهم .

(5) في الأصل [العدة] ، وعدلت بناء على ما جاء في مختصر المصنف 500/3 مطبوع مع الشرح الكبير للدردير .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 144/1 .

(7) لمالك الأرض أن يعمل لأرضه سورًا يحيط بها .

استثناء . فالبند موافق للمذهب فيما عدا الاستثناء .

الباب الثاني

« في الحقوق القسرية المرتبة بالقوانين والأحكام »

بند 649 – القصد من الحقوق القسرية المرتبة على الأراضي بالقوانين والأحكام هو الاستحصال على المصلحة العمومية ، أو على مصلحة النواحي والبلدان خاصة ، أو مصلحة الآحاد . راجع بند 637 وبند 639 مدني / (1) . 70/أ

216 ** « .... » (2) طريق المسلمين أو لمصلحة البلدان والبحور ونحو ذلك كحريم البلد والبحر ونحوهما ، أو لمصلحة الآحاد ؛ كسقي الأعلى ، أي الأقرب ، كما أفاده الأجهوري ، وتقدمه على غيره إذا سال مطر بمباح . فللبند مناسبة واضحة بالمذهب .

بند 650 – المصلحة القسرية التي على الأرض بالنسبة للمصالح العمومية هي كالسفر ، وجر المراكب على سواحل الأنهر ، كبيرة أو صغيرة ، عميقة أو غير عميقة ، ما دامت معدة لسير السفن والمراكب ، وكإصلاح الطرق وتنظيمها ، وما أشبه ذلك من المصالح العمومية ، أو بما يتعلق بذلك من مصلحة النواحي والبلدان الخاصة بها : فكل ما يتعلق بهذه الحقوق له أحكام وقواعد مختصة به ، مشتملة على حدوده التي لا يتجاوزها . راجع بند 538 ، وبند 556 مدني (3) .

217 ** ما ذكر في البند من السفر في البر أو في البحر وجر المراكب في سواحل الأنهر وإصلاح الطرق ، كل هذا من الحقوق والمصالح الشرعية العمومية ، وما ذكر فيه مما يتعلق بمصلحة البلدان ونحوها هو من المصالح الشرعية الخاصة بجهاتها ؛ فكل هذه الحقوق لها أحكام شرعية تتعلق بها لا يحل تجاوزها . فالبند مناسب للشرع مناسبة واضحة / . 70/ب

بند 651 – قد أوجبت القوانين على أصحاب الأراضي واجبات مختلفة وإلزامات متنوعة لبعضهم على بعض غير الإلزامات والمشارطات التي يقع عليها الاتفاق والتراضي بينهم (4) .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 145/1 . (2) سقط بالأصل .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 145/1 .

218 ** قد ألزمت الشريعة الغراء أصحاب الأراضي بأحكام لايحل تجاوزها ، والعبرة بما وافق الشريعة مما وقع بينهم ولا عبرة بما خالفها . فللبند مناسبة واضحة بالشرع .

بند 652 – وبعض تلك الواجبات مبني على ما تقتضيه قوانين الضبط والربط في الزراعة وتوجبه أصول الفلاحة والتدبيرات الخلوية ، والبعض الآخر مبني على ما تقتضيه أصول الأسوار والخنادق والحدود المجعولة ، كل منها بتحديد الأملاك ، وفصل بعضها عن بعض في حالة ما إذا احتاج الأمر أن يبني الجار بلصق جاره حائطًا ، أو طاقة ، أو شباكًا ، أو مطلًا ، أو نحو ذلك ؛ مما يرى منه أملاك الجار وأراضيه ، كذا فيما إذا أراد نصب ميازيب لتصريف مياه المطر في أرض جاره ، وكذلك فيما تقتضيه حقوق التطرق والمرور بأرض الجار . راجع بند 653 وما بعده وبند 674 وبند 675 وما بعده مدني [1] .

219 ** أحكام الحقوق المذكورة منها ما هو مبني على العرف / ، كما في إعارة الأرض للبناء والغرس من غير تعيين مدة مع حصولهما كما يعلم من قول المصنف في العارية : « وإلا فالمعتاد » [2] . ومنها ما هو مبني على النصوص الشرعية كحفر الخنادق ، وكقسمة الملك المشترك ، وتمييز كل حق عن الآخر ، وكبناء الجار حائطًا [يلصق حائط جاره] [3] ، وفتحه طاقة أو شباكًا مما يطلع منه على حال جاره ، وإحداث ميزاب يترتب عليه انصباب مائه في أرض جاره ، وكحقوق التطرق والمرور بأرض الجار ؛ فلكل ما ذكر أحكام شرعية لا يحل تجاوزها . فللبند مناسبة بالشرع واضحة . 71/أ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 145/1 .

(2) جاء في الشرح الكبير : قوله (وإلا) تقيد بواحد منهما كإعارة ثوب ليلبسه أو أرض ليزرعها أو دار ليسكنها (فالمعتاد) هو اللازم وهو ما جرت العادة بأنه يعار إليه فليس لربها أخذها قبله ؛ لأن العرف كالشرط . الشرح الكبير 439/3 .

(3) مثبت على هامش الأصل ، كما أشار إليه الناسخ .

الفصل الأول

« في الأسوار والخنادق الفاصلة للأملاك بعضها عن بعض والتي هي حدود مشتركة فارقة بين الأملاك » [1]

بند 653 – كل جدار في محل من المدن أو الخلاء فاصل بين مباني الجار إلى أعلى سقف منها ، أو فاصل بين دار أو مزرعة أو بين دائر في مزرعة محيط بغيطين ؛ فإنه يحتمل أن يكون حدًّا مشتركًا فارقًا بين الأملاك ؛ مالم يوجد سند يدل على خلاف ذلك ، أو قرينة تنافي ذلك . راجع بند 654 إلى بند 665 ، وبند 1350 ، وبند 1352 مدني [2] .

220 ** في الحطاب عند قول المصنف في باب الشركة : « وبقسمته إن طلبت لا بطوله عرضًا ما نصه في العمدة : ولو تنازع اثنان حائطًا بين دارين ولا بيّنة حكم به لمن إليه وجوه اللبن والآجر والطاقات ومعاقد القمط [3] ؛ فإن لم تدل أمارة على
71/ب الاختصاص فهو مشترك اهـ . الخشب التي / تكون بين البنيان فهذا يدل على أنه إن ادعى أحدهما الاختصاص والآخر الاشتراك حكم بجميعه أو بالشركة لمن إليه وجوه ما ذكر بالأولى ، ويحكم بجميعه حينئذٍ ما دام الآخر عاجزًا عن إثبات الاشتراك ؛ فإن لم تدل أمارة على الاختصاص فهو مشترك ؛ فتلخص من هذا أن الأصل عند الجهل هو الاشتراك إلى أن يثبت خلافه بقرينة كتوجه الوجوه المذكورة ، أو ببينة عند تيسرها . فالبند موافق للمذهب في البعض ، مناسب له جدًّا في البعض الآخر .

بند 654 – من القرائن التي تدل على عدم اشتراك الجدار بين الملكين كونه من رأسه قائما عمودًا من الجهة الظاهرة الخارجية ومائلًا من الجهة الأخرى ؛ بقصد ترتيب مساقط الأمطار من جهة مالك الأرض .

وكذلك إذا كان الجدار قد وضع فيه من جهة واحدة عند البناء ميازيب من الأحجار أو شنايش أو طاقات من الحجر .

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 656 ، 659 ، 660 ، 661 ، 665 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 146/1 .

(3) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 150/5 .

ففي هذه الحالة يعتبر الجدار ملكا لصاحب الجهة التي فيها الميازيب ، والشنايش والرفارف . راجع بند 681 ، وبند 1350 مدني [1] .

221 ** البند موافق للمذهب متى جرت العادة بما ذكر كما يعلم من الكلام على ما قبله .

بند 655 – ما يصرف على تصليح جدران الحدود المشتركة يشترك فيه جميع من لهم الحق في الجدار بالمحاصة . راجع بند / 656 ، وبند 659 ، وبند 663 مدني [2] . 72/أ

222 ** ذكر الحطاب عند قول المصنف : « وبقسمته إن طلبت إلخ [3] » أنه إذا انهدم جدار بين اثنين فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر فإن أمكن قسمه قسم ، وإن لم يمكن قسمه فإما بني معه أو باع اهـ [4] .

ثم إذا بنى فمفاد كلامهم أنه يلزمه من الكلفة بقدر نصيبه في الجدار . فالبند مناسب للمذهب عند استقرار الأمر على البناء بين الشركاء .

بند 657 – كل مجاور لجدار واقع حدًّا مشتركًا يجوز له أن يرمي عليها من الأفلاق [5] والشوح ما يدخل فيها بقدر أصبعين ؛ لكن بشرط أن لا يعود ذلك على حق جاره بالضرر ، وحق جاره في ذلك هو أن يبقى له ما يتمكن في أن يرمي أيضا في نصف الحائط الآخر أفلاقه أو مدخنته أو نحو ذلك ، راجع بند 662 ، وبند 674 ، وبند 675 مدني [6] .

223 ** الحائط المشترك بين جارين لكل منهما بإذن شريكه وضع جذوع عليه ؛ بحيث لا يضر به من غير تحديد [7] ، كما يعلم ذلك مما في الحطاب عن التوضيح :

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 146/1 . (3) الشرح الكبير 367/3 .

(4) جاء في مواهب الجليل للحطاب (وبقسمته إن طلبت لا بطوله عرضًا) ما ذكر ابن غازي في شرح هذه المسألة كاف في بيانها وملخص النقول التي ذكرها أنه إن أريد قسمة بالتراضي قسم على ما تراضوا عليه من الطول أو العرض وإن أريد قسمة بالقرعة فالذي مشي عليه المصنف يقسم طولًا وطوله هو امتداده بينهما وعرضه هو سمك ظهره .... قال صاحب المسائل الملقوطة وإذا كان حائط بين رجلين فانهدم فأراد أحدهما بناءه مع صاحبه وامتنع الآخر من ذلك فعن مالك روايتان أن لا يجبر الذي إبى منهما على البنيان ويقال لطالب ذلك استر على نفسك وابن إن شئت وله أن يقسم معه عرض الجدار ويبني لنفسه والرواية الأخرى أنه يؤمر بالبنيان مع شريكه ويجبر على ذلك . مواهب الجليل 151/5 . (5) الأفلاق : الفلق الشق . لسان العرب (فلق) (3464) .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 146/1 وما بعدها .

(7) قاعدة : الحائط المشترك بين جارين لكل منهما بإذن شريكه وضع جذوع عليه بحيث لا يضر به من غير تحديد .

لكل أحد من الشريكين منع شريكه من التصرف في الجدار المشترك حتى يأذن له شريكه كسائر المشتركات [1] ، وفيه أيضًا : أنه لا يحدث فيه شيئًا إلا بإذن شريكه [2] ، ومن قول المصنف في باب البيوع : « وغرز جذع في حائط إلخ » ، مع ما كتب الدردير [3] : « ولكل منهما أيضا بإذن شريكه أن يتصرف بغير ذلك » . فالبند موافق
72/ب للمذهب / في وضع الجذوع لكل من الجارين إن قطع النظر عما ذكر من التقييد ، وقيد بإذن الشريك ، وفي التصرف بالمدخنة ونحوها بقيد الإذن .

بند 658 – يجوز لكل شريك في جدار متخذ حَدًّا مشتركًا أن يرفعه كما يشاء زيادة عما هو عليه ؛ لكن عليه دون غيره أن يصرف المصاريف اللازمة لرفع الجدار بالقدر الزائد عن الحد المشترك ، وكذلك عليه صرف ما يلزم فيما بعد لإصلاح القدر الزائد ولحفظه ، وكذلك أن يدفع لجاره في مقابلة حقه في القدر الزائد علوًّا ممابناه في الجدار الأصلي ، والقدر الذي يدفعه إنما يكون على حسب رفع البناء وقيمة الجدار التي بنى عليها . راجع بند 660 ، وبند 662 مدني [4] .

224 ** يجوز لأحد شريكين في جدار أن يبني عليه بإذن شريكه زيادة عما هو عليه ؛ كما يؤخذ مما تقدم عن الحطاب ، ومما نقله الشيخ أصيل عن الشامل أنه لا يضع على الجدار المشترك خشبة ونحوها إلا بإذن شريكه ، ومعلوم أن نفقة البناء الزائد إنما هي على الباني [5] ، وكذا إصلاحه ؛ فالبند موافق للمذهب في البناء المذكور بقيد إذن الشريك ، وفي قوله لكن عليه إلى قوله : لحفظه .

بند 662 – لا يجوز للجار أن يحفر حفرًا أو غيره في الحائط المشترك ، ولا أن

(1) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 152/2 .

(2) نقله الحطاب في كتابه عن المعونة (المرجع السابق) .

(3) عبارة الدردير على قول المصنف مؤداها : « وجاز عقد على (غرز جذع) أي جنبه فيشمل المتعدد (في حائط) لآخر ، بيعا أو إجارة ، وخرق موضع الجذع على المشتري أو المكتري (وهو مضمون) أي لازم البقاء محمول على التأبيد ، فيلزم البائع أو وارثه أو المشتري منه إعادة الحائط إن هدم ، ويستمر ملك موضع الجذع للمشتري أو وارثه ، وأما إن حصل خلل في موضع الجذع فإصلاحه على المشتري ؛ إذ لا خلل في الحائط (إلا أن يذكر) العاقد حين العقد (مدة) معينة لذلك (فإجارة) أي فهي إجارة لموضع الغرز من الحائط (تنفسخ بانهدامه) أي الحائط قبل تمام المدة ويرجع للمحاسبة » . الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 14/3 وما بعدها .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 147/1 .

(5) قاعدة : نفقة البناء الزائد إنما هي على الباني .

يشغل فيه تشغيلًا أيًّا ما كان إلا / برضا الجار الآخر الشريك ، فإن أبى الجار ذلك لزم الاستعانة بأرباب الخبرة بترتيب الاحتراس في هذا الشغل الجديد ؛ حتى لايقع أدنى ضرر بالنسبة لحقوق الجيرة . راجع بند 657 إلى بند 659 مدني [1] . 73/أ

225 ** صدر البند موافق للمذهب كما يعلم مما مر في الكلام على بند 657 وما بعده .

بند 663 – لكل جار من المدن وضواحيها أن يجبر جاره على أن يساعده ويشترك معه في بناء وتصليح الحد المشترك بين البيوت ، أو الحيشان [2] ، أو البساتين ، وأن يرتب مقدار ارتفاع الجدار المشترك بموجب القوانين الخصوصية ، أو بعرف البلدة ؛ فإن لم يكن لذلك قوانين ولا عرف وجب أن كل جدار يستجد من هذا التاريخ ويكون حدًّا مشتركًا يكون ارتفاعه عشرة أقدام بما فيه موضع الميازيب [3] ، وهذا في المدن المشتملة على خمسين ألف نفس فأكثر ، وأما فيما دون ذلك فلا يزيد الارتفاع عن ثمانية أقدام . راجع بند 647 وبند 655 وبند 656 وبند 658 مدني [4] .

226 ** إذا كان الجدار بين اثنين وانهدم وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر فإنه يجبر على البناء مع شريكه [5] على إحدى الروايتين وهي راجحة ، كما نقله أصيل عن الحطاب [6] ، وسواء كان الجدار المشترك بين البيوت أو غيرها . فصدر البند موافق لقول في المذهب / . 73/ب

بند 664 – إذا كان في البيت عدة أدوار مملوكة لملاك مختلفين ، ولم يذكر في سند الملكية ما يفيد الاتفاق على ما يلزم كل مالك منهم في الإصلاحات اللازمة ، ولا في بناء ما تقتضيه الأحوال ؛ فالواجب إجراؤه على الوجه الآتي :

تكون الجدران الكبيرة والسقف على جميع من لهم ملك في هذا البيت ؛ فكل منهم

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 147/1 وما بعدها .

(2) الحيشان : كثر الفزع . انظر اللسان (حيش) (1070) .

(3) الميازيب : وزب الشيء إذا سال والميزان المثعب والجمع ميازيب . انظر لسان العرب (وزب) (4823) .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 147/1 .

(5) قاعدة : إذا كان الجدار بين اثنين وانهدم وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر فإنه يجبر على البناء مع شريكه .

(6) نص كلام الحطاب هو : « تنبيه : .... وإذا كان حائط بين رجلين فانهدم ؛ فأراد أحدهما بناءه مع صاحبه وامتنع الآخر من ذلك ؛ فعن مالك في ذلك روايتان – إحداهما : أنه لا يجبر الذي أبى منهما على البنيان ، ويقال لطالب ذلك : استر على نفسك وابن إن شئت ، وله أن يقسم معه عرض الجدار ويبني لنفسه . والرواية الأخرى : أنه يؤمر بالبنيان مع شريكه ويجبر على ذلك ، قال ابن عبد الحكم : وهذا أحب إلينا . انتهى » . مواهب الجليل للحطاب 150/5 .

يدفع المصاريف على حسب الدور الذي يملكه ، وكل مالك دور ملزوم أيضا بعمل السقف الذي يسكن فيه ، وصاحب الدور الأول وهو ما في فوق الدور الأرضي ملزوم بعمل السلم الذي يتوصل به إلى دوره ، وصاحب الدور الثاني يعمل السلم الموصل له من الدور الأول إلى دوره ، وهكذا إلى آخر دور وطبقة . راجع بند 655 مدني [1] .

227 ** من قول البند : وصاحب الدور الأول إلخ ، موافق للمذهب كما يعلم من قول المصنف والدردير في باب الشركة : « لا سلم يرقى عليه الأعلى ؛ فليس على صاحب الأسفل بل على الأعلى كالبلاط الكائن على سقف ذي السفل [2] .

بند 666 – كل خندق فاصل بين أرضين مملوكين لمالكين مختلفين يعتبر حدًّا مشتركًا ؛ مالم يكن هناك سند أو قرينة يستفاد منهما الدلالة على خلاف ذلك . راجع بند 1350 ، وبند 1352 ، مدني وبند 456 حدود [3] .

74/أ **228** ** الظاهر أنه يجري في الخندق الذي بين الأرضين حكم الجدار / المذكور في الكلام على بند 653 ؛ فيعتبر الخندق مشتركًا بين الجارين عند التنازع إن لم يكن هناك بينة أو قرينة تدل لأحدهما [4] . فالبند موافق للمذهب في اعتبار الاشتراك عن عدم القرينة .

بند 667 – القرينة الدالة على عدم الاشتراك كون جسر الخندق [المعمول للتطهير من جهة واحدة من جهتي الخندق] [5] . راجع بند 1350 ، وبند 1352 مدني [6] .

229 ** هذه القرينة في محلها ؛ بناء على ما تقدم متى جرى عرف بها . فالبند موافق للمذهب .

بند 668 – يكون الخندق ملكا لمن كان الجسر بأرضه [7] .

230 ** هذا البند موضح لما قبله ليس متعلقًا بشيء آخر ، فهو من تتمته .

بند 669 – مصاريف الخنادق والحفر الواقعة حدًّا مشتركًا تتوزع على أصحاب الأملاك المحدودة بهذه الخنادق بالمحاصة . راجع بند 655 مدني [8] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 148/1 .

(2) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل « المصنف » 366/3 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 149/1 .

(4) قاعدة : يعتبر الخندق مشتركًا بين الجارين عند التنازع إن لم يكن هناك بينة أو قرينة تدل لأحدهما .

(5) مثبت على هامش الأصل .

(6 ، 7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 149/1 .

(8) تعريب القانون الفرنساوي المدني 149/1 .

231 * موافقة هذا البند للشرع واضحة وضوحًا بينًا .

بند 670 – كل صف من شجر أو غاب أو نحوه يكون زربًا [1] فاصلًا بين الأراضي ، يعتبر حدًّا مشتركًا ؛ مالم يكن أحد هذه الأملاك محدودًا أو محوطًا بدائر خاص به ، أو كانت سندات الأملاك تفيد خلاف ذلك ، أو كان وضع اليد أيضا يدل على ما يخالف ذلك . راجع بند 1350 ، وبند 1352 ، وبند 2262 مدني ، وبند 456 حدود [2] .

232 ** الشجر أو الغاب الفاصل بين الأراضي كالجدار الفاصل بين / الجارين فيما 74/ب يظهر ، وقد تقدم حكمه ؛ فالشجر أو الغاب الفاصل بين الأراضي مشترك عند التنازع ؛ مالم تقم بينة لأحدهما ، أو قرينة [3] . فالبند مناسب للمذهب مناسبة واضحة .

بند 671 – لا يجوز غرس أشجار عالية الجذع في حدود الأملاك إلا بالأبعاد المعينة في القوانين المرتبة في شأن ذلك ، أو باتباع العرف والعوائد الجارية بين الناس التي صار الإقرار عليها ؛ فإن لم توجد قوانين ولا عرف ولا عادة غرست على البعد من حدود الملكية بمسافة مترين ، وهذا بالنسبة للأشجار المرتفعة الساق كما تقدم . وأما بالنسبة لغيرها من الأشجار الغير مرتفعة الساق والشجيرات الصغيرة ؛ فتغرس بالبعد عن الحد المشترك بنصف متر لا غير . راجع بند 552 ، وبند 553 ، وبند 1159 مدني [4] .

233 ** في الحطاب قال ابن الهندي [5] : « وإن قام رجل على جاره في شيء يريد إحداثه ، وادعى أنه ضرر وأقام بينة تشهد بأن الذي يذهب إلى إحداثه يكون فيه ضرر على جاره من اطلاع وغيره ؛ فليس يمنع جاره من عمل ما يريد ، فإذا تم عمله وثبت الضرر هدم عليه اهـ » [6] . فيؤخذ منه أن للجار ابتداء أن يغرس شجرة بجنب جدار جاره ، وليس لجاره كلام إلا إن ثبت الضرر بعد الإحداث [7] ، وقد أفاد الشيخ أصيل دخول ما يضر من جدار الشجرة المغيب في الأرض بجدار غير مالكها في

---

(1) زربًا : الزَّرْب المدخل ، الزَّرْب ، مسيل الماء وزرب الماء إذا سال . انظر لسان العرب (زرب) (1822) .
(2) السابق .
(3) قاعدة : الشجرة أو الغاب الفاصل بين الأراضي مشترك عند التنازع ما لم تقم بينة لأحدهما ، أو قرينة .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 149/1 وما بعدها . (5) سبقت له ترجمة .
(6) نقله الحطاب – بنصه – عن ابن الهندى في مواهب الجليل 164/5 .
(7) قاعدة : للجار ابتداء أن يغرس شجرة بجنب جدار جاره ، وليس لجاره كلام إلا إن ثبت الضرر بعد الإحداث .

75/أ عموم عبارة ابن الهندي . فالبند موافق للمذهب / في أصل تمكين الجار ابتداء من غرس الشجرة بجنب جدار جاره بقطع النظر عما ذكره البند من القيود .

بند 672 – إذا غرست الأشجار ، سواء كانت مرتفعة الساق أو غيرها بالبعد عن الحد المشترك بدون المسافة المذكورة ؛ جاز للجار أن يطلب قلعها .

فإن رأى الجار فروع أشجار جاره قد امتدت ومالت على مزرعته ؛ جاز له أن يلزمه بقطع تلك الفروع .

فإذا كانت حدود الأشجار وسيقانها امتدت بأرضه دون الفروع جاز له أن يخلعها بنفسه بدون أن يطلب ذلك من صاحبها . راجع بند 544 ، وبند 552 مدني [1] .

234 ** إذا غرس الجار شجرة بجنب جدار جاره المشترك أو المختص ونشأ منها ضرر أثبته الجار قضى على الغارس بقلعها ، كما يستفاد من عبارة ابن الهندي السابقة ، لا سيما مع ما ضممناه إليها . وإن غرس الجار شجرة بعد تملك جاره أرضه وامتدت فروعها على مزرعة جاره وأخذت من هواء أرضه قضي على جاره بقطع تلك الفروع [2] ، كما يستفاد من نقل الحطاب عن ابن رشد [3] عند قول المصنف أواخر باب الشركة : وإلا فقولان [4] . فالبند مناسب للمذهب في صدره بقيد إثبات الضرر ، وفي وسطه بقيد تجدد الشجرة بعد تملك الجار للأرض .

بند 673 – الأشجار التي على صف مغروس واقع حدًّا مشتركًا بين الأراضي حكمها
75/ب حكم الزروب المشتركة ؛ فلكل / من الجارين المالكين لها أن يطلب من الآخر توقيعها [5] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 150/1 .

(2) قاعدة : إن غرس الجار شجرة بعد تملك جاره أرضه وامتدت فروعها على مزرعة جاره وأخذت من هواء أرضه قضي على جاره بقطع تلك الفروع .

(3) المراد به ابن رشد « الجد » ، وقد سبقت له ترجمة .

(4) جاء في مواهب الجليل للحطاب : (وإلا فقولان) أي وإن لم تكن الشجرة متجردة فقولان نقل ابن عرفة في باب إحياء الموات عن ابن رشد أنه قال في سماع عبد الملك الأظهر قطع ما أضر ما طال من أغصانها يعني وإن لم تكن الشجرة متجردة قال واختاره ابن جيب ونص كلامه وسمع عبد الملك ابن وهب من شكا شجرة بدار جاره لاشراف من يطلعها لاجتنائها على داره وخوف أن ينظروا إليه منها لم يكن له قطعها وله قطع ما دخل من أغصانها في أرضه ابن رشد له قطع ما طال من الحادثة فأضر حائطه أو أدخل هواء حقه وقلعها إن أضرت حائطه وإن كانت شجرة قديمة قبل دار الجار فليس للجار قلعها ولو أضرت بجداره . مواهب الجليل 164/5 ، 165 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 150/1 .

235 ** يؤخذ حكم هذا البند مما ذكرناه قبله ، فيجري هنا التقييد المذكور .

الفصل الثاني

« في شروط الأبعاد التي تكون في بعض المباني

أو العمارات بين الحدود المشتركة »

بند 674 – كل من أراد أن يحفر بئرًا أو بيت راحة بقرب حد مشترك أو غير مشترك أو يبني مدخنة أو وجاقا أو كورًا [1] أو تنورا أو فرنا أو يسند خلف ملك الغير اصطبلًا أو ملاحة أو مسبخة أو أي شيء من المواد التي تأكل الجدران وترعاها فإنه يلزم أن يبعد عن الحد بالأبعاد المبينة بالأصول والأحكام ، أو بالعرف والعوائد [2] ، الجاري عليها العمل في هذا الشأن ، وأن يسلك أيضًا في طريقة بناء هذه المباني وعماراتها على وفق القوانين أو العوائد حتى لا يتأذى الجيران من ذلك . راجع بند 552 ، وبند 657 ، وبند 662 مدني [3] .

236 ** عبارة الشيخ في شرح مجموع الأمير : وقضى بإزالة ما ضر الجار من دخان ، كحمام أحدثت وأدخلت السكاف [4] : الفرن وحانوت اللبن والفول الحار والكباب والطبخ والحدادة وبياض النحاس ونحوها ، بإزالة رائحة كدباغ ومذبح ومسمط ومرحاض ؛ لأن الرائحة الكريهة تحرق الخيشوم [5] وتصل للأمعاء وتؤذي الإنسان ، وبئر ورحى واصطبل لخيل ونحوها جنب جدار للغير أحدثت لما في الاصطبل من الضرر بدور الدواب وزبلها وحركتها ليلا أو نهارًا / المانعة من النوم ؛ وذلك خوف سقوط الجدار أو ضعفه ، وسواء كان المحدث لذلك جارًا أو غيره اهـ بتصرف . ثم ساق عبارة ابن الهندي السابقة [6] : ومثل الرحى والبئر 76/أ

(1) كورًا : الكور بناء الزنابير والكوار بيت يتخذ من قضبان ضيق الرأس للنحل تعسل فيه . انظر لسان العرب (كور) (3954) .

(2) العوائد : جمع عائدة وهي اسم ما عاد به عليه المفضل من صلة أو فضل . انظر لسان العرب (عود) (3157) .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 150/1 .

(4) السكاف والأسكفة والأسكوفة ، عتبة الباب التي يوطأ عليها . انظر لسان العرب (سكف) (2049) .

(5) الخيشوم : الخيشوم من الأنف وهو ما فوق نخرته من القصبة وما تحتها من خشارم رأسه . انظر لسان العرب (خشم) (1168) .

(6) راجع ص 174 .

والمدق والمرحاض كما في الدردير [1] ، فأفاد أن ذا الجدار ليس له المنع ابتداء ، وإنما له المنع بعد إثبات الضرر . فالبند موافق للمذهب في إفادة أصل التمكين من الإحداث أولًا بقطع النظر عن القيود .

الفصل الثالث

« في المطلات على أملاك الجيران

واتخاذ المناظر على أراضي الغير » [2]

بند 675 – لا يجوز للجار – بدون رضاء جاره – أن يفتح في الجدار المعتبر حدًّا مشتركًا ، شباكًا أو طاقا [3] بأي وجه من الوجوه ولو ركب فيها ألواح زجاج مطموس المسام لا يشاهد من خلفه . راجع بند 651 إلى بند 664 مدني [4] .

237 * حاصل الفقه أن الكوة [5] التي أحدث فتحها يقضى بسدها ، ويزال كل ما يدل [6] عليها [7] ، وقيد الحطاب القضاء بسد الكوة التي حدث فتحها بما إذا كانت غير عالية لا يحتاج في كشف الجار منها إلى صعوده على سلم ونحوه ، وإلا فلا يقضى بسدها ، وقيده أيضا بما إذا كان يتراءى منها الوجوه لا المزارع والحيوانات وإلا لم تسد اتفاقا [8] ، وإذا سكت من حدث عليه فتح الكوة ونحوها

---

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير : وقضى على جار (بسدِّ كوة) بفتح الكاف وضمها أي طاقة (فتحت) أي أحدث فتحها تشرف على دار جار وأما القديمة فلا يقضي بسدها ويقال للجار استر على نفسك إن شئت .... (وبمنع) ذي (دخان كحمام) وفرن ومطبخ وقمين (ورائحةٍ كدباغ) ومذبح ومسمط من كل ماله رائحة كريهة للضرر الحاصل من ذلك والمراد الحادث مما ذكر لا القديم (و) بمنع (أندَرٍ) أي الجرين (قبل) أي تجاه (بيت) أو حانوت لتضرر بتبن التذرية (و) بمنع أحداث (مضر بجدار) كرحا ومدق وبئر ومرحاض (وأحداث إصطبل أو حانوت قبالة باب) الشرح الكبير – حاشية الدسوقي 369/3 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 677 ، 678 ، 679 ، 680 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3) طاقًا : الطاق ما عطق من الأبنية والطّاق عقد البناء حيث كان . انظر لسان العرب (طوق) (2725) .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 151/1 .

(5) فتح الكاف وضمها أي الطاقة (الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 369/3) .

(6) قاعدة : الكوة التي أحدث فتحها يقضى بسدها ، ويزال كل ما يدل عليها .

(7) المرجعان السابقان .

(8) مواهب الجليل للحطاب 160/5 وما بعدها ، حاشية الدسوقي 369/3 .

عشر سنين ولم ينكر جبر عليه ولا مقال له [1] ؛ حيث لم يكن له عذر في ترك القيام وهذا قول أبي القاسم وبه القضاء . نقله الدسوقي عن البناني [2] . وأما القديمة فلا يقضى بسدها سواء كانت مشرفة / على دار الجار أم لا ، ويقال للجار 76/ب
استر على نفسك إن شئت . أفاده الدردير [3] . فللبند مناسبة ظاهرة بالمذهب .

بند 676 – لرب الحائط غير المشترك المجاور لأرض الغير أن يفتح فيه مناور أو يجعل فيه شبابيك ضيقة العيون وعليها ألواح من الزجاج المطموس المسام ، يجب أن تتخذ شبابيك هذه المناور من الحديد ، وأن تكون ضيقة العيون ؛ بحيث لا تزيد العين عن ثلاثة أصابع وثمان شعيرات ، وأن تكون مغطاة بالزجاج المطموس المسام . راجع بند 654 ، وبند 661 مدني [4] .

238 ** لرب الحائط المجاور لأرض الغير أن يفتح فيه مناور ، أي طيقانا عالية ؛ بحيث يحتاج لكشف الجار منها إلى صعود على سلم ونحوه [5] كما هو مراد البند المستفاد من البند بعده ؛ فصدره موافق للمذهب .

الفصل الرابع

« في أحكام ميازيب السطوح العليا من البيوت ونحوها » [6]

بند 681 – يصنع صاحب الملك على سطحه ميازيب ؛ لسهولة سقوط مياه المطر على أرضه أو على الشوارع العمومية ، وليس له إسقاطها على أرض جاره . راجع بند 640 ، وبند 651 ، وبند 652 ، وبند 688 ، وبند 1382 [7] .

239 ** إذا بنى جماعة بلدًا في الفيافي [8] مثلا ؛ فما كان مجاورًا لدار زيد مثلا فهو حريم

---

(1) قاعدة : وإذا سكت من حدث عليه فتح الكوة ونحوها عشر سنين ولم ينكر جبر عليه ولا مقال له .

(2) منقول بنصه في حاشية الدسوقي 369/3 . (3) الشرح الكبير للدردير 369/3 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 151/1 .

(5) قاعدة : لرب الحائط المجاور لأرض الغير أن يفتح عليه مناور بحيث يحتاج لكشف الجار منها إلى صعود على سلم ونحوه .

(6) لم يتناول المصنف بنود الفصل الخامس في التطرق والمرور بأكملها وهي 682 ، 683 ، 684 ، 685 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة . (7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 152/1 .

(8) الفيافي : الفيف : المفازة التي لا ماء فيها مع الاستواء والسعة انظر اللسان (فيف) (3502) .

لها تختص به كالفسحة المجاورة لها التي يطرح فيها التراب وماء الميزاب والمرحاض ، ومحل كون الفسحة المجاورة للدار حريما / لها ويختص بها صاحبها إذا كانت تلك الدار 77/أ ليست محفوفة بأملاك ؛ بأن كانت في طرف البلد ؛ بحيث تكون الفسحة المجاورة لها غير مجاورة لغيرها ، فإن كانت بين الأبواب كان لكل واحد من الجيران أن يطرح فيها التراب ويصب ماء الميزاب والمرحاض لكن بجوار جداره ؛ مالم يضر بجاره وإلا منع . كذا في الدسوقي [1] ؛ فتحصل من هذا أن ماء الميزاب إما أن ينصب بأرض مالك الدار المجاورة لها ، أو بأرض الفيافي كذلك ، أو بالشوارع لكن بجوار جداره إذا كان لا يضر بجاره وإلا منع . فالبند موافق للمذهب بقيد عدم الضرر فيما ينصب بالشوارع العمومية [2] .

الباب الثالث

« في الحقوق القسرية التي أوجبها الإنسان على نفسه »

الفصل الأول

« في أنواع الحقوق التي يمكن إيجابها للأملاك أو على الأملاك » [3]

بند 687 – الحقوق الواجبة على الأراضي إما أن تكون لمصلحة الانتفاع بالبناء أو بالغرس .

فالنوع الأول يسمى حقًّا مدنيًّا ، سواء كان البناء المتعلقة به الحقوق في مدينة أو في خلاء .

والنوع الثاني يسمى حقا خلويا واجبًا للغيطان والمزارع [4] .

240 ** لم نر في هذا البند ما يوافق المذهب إلا ما ذكرناه في الكلام على بند 640 فإنه من الحق الخلوي .

بند 688 – تنقسم الحقوق أيضا إلى : استمرارية ، وانقطاعية .

فالأولى ما ينتفع بها بالفعل أو بالقابلية من غير حاجة لفعل فاعل ، كمجاري المياه ، والميازيب ، والبالوعات ، وكالطيقان ، والشبابيك ، وما أشبه / ذلك . 77/ب

---

(1) حاشية الدسوقي 67/4 ، 68 .

(2) قاعدة : يشترط فيما ينصب بالشوارع العمومية عدم الضرر .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 686 ، 689 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 153/1 .

والثانية : هي التي لأجل الانتفاع بها يلزم فعل فاعل حالًا ، وذلك كاستحقاق المرور ، والتطرق ، واغتراف المياه ، وحق الرعي في مراعي الناس بعضهم على بعض ، ونحو ذلك . راجع بند 689 مدني [1] .

241 ** يناسب المذهب من هذا البند مجرى المياه المذكور في الكلام على بند 640 ، ومجرى الميازيب المذكور في الكلام على بند 681 ، والطيقان والشبابيك المذكورة في بند 675 ، وحق المرور والتطرق كمن له طريق في دار ملك ذات الطريق ، أو منفعتها بإجارة أو إرفاق [2] وحق اغتراف المياه المتقدم في الكلام على بند 643 .

الفصل الثاني

« في طرق إثبات الحقوق القسرية » [3]

بند 694 – إذا باع مالك أرضين إحداهما ، وكان ثَمَّ علامات حسية تدل على حقوق قسرية لهما أو عليهما ؛ ولكن لم يوجد نص في سند البيع لاشتراط تلك الحقوق وجب استمرار الحقوق المفروضة للأرض المبيعة أو عليها . راجع بند 700 مدني [4] .

242 ** حق السقي والصرف المذكورين في الكلام على بند 640 لا ينقطع ببيع الأرض التي عليها الحق ولا التي لها الحق [5] ، كما يظهر مما ذكر هناك . فللبند مناسبة بالمذهب واضحة .

بند 696 – إذا ثبت حق قسري لإنسان على شيء ثبتت وسائله التي يتم بها نفوذه . مثاله : ما إذا / ثبت لإنسان حق الشرب من عين مملوكة لغيره ؛ ثبت له ضمنًا حق التطرق إلى تلك العين . راجع بند 697 وما بعده مدني [6] . 78/أ

243 ** قد تقدم في الكلام على بند 643 استحقاق الشرب من عين مملوكة للغير ، فلا جرم ليثبت لمستحق الشرب حق التطرق إلى تلك العين ؛ إذا كان لا يتوصل إليها إلا به . فالبند موافق للمذهب بالقيد المذكور .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 154/1 .

(2) إرفاق : أي إيصال الرفق وهو اللطف أي ضد العنف (رفق) (1694) .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 690 إلى 693 و 695 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ1 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 155/1 .

(5) قاعدة : حق السقي والصرف لا ينقطع ببيع الأرض التي عليها الحق ولا التي لها الحق .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 155/1 .

الفصل الثالث

« فيما يجب لمالك الأرض التي لها الحقوق القسرية على غيرها » [1]

بند 700 – إذا انقسمت الأرض التي لها حقوق ومنافع بين شركاء مستحقين للملكية ، ملك كل منهم لها من الحقوق بالمحاصة بقدر نصيبه ؛ بشرط أن لا يعود ذلك بالضرر على الأرض التي لها الحقوق ، مثلًا : إذا كان هذا الحق هو حق تطرق المالك لأرض بأرض غيره وقسمت الأرض التي لها حق التطرق والمرور بين عدة مستحقين فإنهم يتطرقون من نفس المحل التي كان عين لها أولا . راجع بند 682 وما بعده ، وبند 702 مدني [2] .

244 ** من لهم حق تطرق [3] بإجارة أو إرفاق في أرض الغير لأرض مشاعة بينهم واقتسموا الأرض التي لها حق التطرق ؛ فإن لهم أن يبقوا الحق المذكور شائعًا بينهم كما كان قبل القسمة ؛ فلآخر البند مناسبة واضحة بالمذهب / . 78/ب

بند 701 – لا يجوز لمالك الأرض التي عليها حقوق قسرية أن يفعل شيئًا يتسبب عنه تعطيل الانتفاع بهذه الحقوق ، ولا أن يفعل ما يوجب اختلال نظامها ؛ فبناء عليه ليس له أن يغير أوضاع محل الانتفاع ، ولا أن ينقل محل المنفعة إلى محل آخر غير الأول المعين لها ، ولكن إذا كان المحل الذي عين لها أولًا فيه خسارة لرب الأرض المفروض عليها تلك الحقوق أو كان مانعًا من إصلاح الأرض الإصلاحات النافعة ؛ جاز له أن يعطى لصاحب الأرض المنتفعة محلًّا بدله يوفي بالغرض المطلوب بدون أن يسوغ للمنتفع أن يأبى ذلك ؛ ما دام المحل الذي هو عوضه صالحا للانتفاع به وسادًّا مسد المحل الأول . راجع بند 683 ، وبند 684 مدني [4] .

245 ** لا يجوز لمعير أرض أو غيرها أو لمؤجرها أن يصنع ما يعطل منفعتها على

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 698 ، 699 ، من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 156/1 .

(3) تطرق : الطرق : الماء المجتمع الذي خيض فيه وبيل وبعر فكدر والجمع أطراق . لسان العرب (طرق) (2662) .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 156/1 وما بعدها .

المستعير والمستأجر [1] ، وتقدم حكم ما إذا أتلف المستعير الذات المعارة [2] في الكلام على بند 617 ، وإذا أتلف المؤجر العين المستأجرة فظاهر إطلاقهم انفساخ الإجارة ؛ فصدر البند مناسب للمذهب .

بند 702 – ولا يجوز أيضًا لمن له حق منفعة على أرض أن يتصرف في هذا الحق إلا على طبق ما هو منصوص في سنده ؛ فلا يحيد عنه بوجهٍ ما فيما يتعلق بالأرض التي عليها الحقوق ، ولا في الأرض التي لها الحقوق بأدنى / تغيير يضر بمن عليهم الحقوق [3] . 79/أ

246 ** لا يجوز لمن له حق منفعة في شيء معار أو مستأجَر أرض أو غيرها أن يتصرف فيما ذكر إلا على طبق المدخول عليه في صيغة الإعارة وعقد الإجارة [4] ؛ فللبند مناسبة ظاهرة بالمذهب .

الفصل الرابع

« في انتهاء الحقوق القسرية » [5]

بند 703 – تنتهي هذه الحقوق إذا تعطلت جهة الانتفاع وصارت غير صالحة للانتفاع . راجع بند 665 ، وبند 1302 ، وبند 1303 مدني [6] .

247 ** إذا تعطلت العين المعارة ينتهي حق المنفعة مالم يكن ذلك من المعير [7] كما تقدم قريبًا ، وإن تعطلت العين المستأجرة فمقتضى إطلاقهم انفساخ الإجارة ؛ فالبند موافق للمذهب في الإجارة ، وفي الإعارة إن كان التلف من غير المعير .

بند 705 – إذا انضم الملك الذي عليه الحقوق القسرية إلى الآخر الذي له تلك الحقوق ؛ بحيث صار المالك واحدا انتهت الحقوق القسرية . راجع بند 692 ،

(1) قاعدة : لا يجوز لمعير أرض أو غيرها أو لمؤاجرها أن يصنع ما يعطل منفعتها على المستعير والمستأجر .

(2) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 439/3 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 157/1 .

(4) قاعدة : لا يجوز لمن له حق منفعة في شيء معار أو مستأجر أرض أو غيرها أن يتصرف فيما ذكر إلا على طبق المدخول عليه في صيغة الإعارة وعقد الإجارة .

(5) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 659 ، 656 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنه .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 157/1 .

(7) قاعدة : إذا تعطلت العين المعارة ينتهي حق المنفعة ما لم يكن ذلك من المعير .

وبند 694 ، وبند 1300 مدني [1] .

248 ** معلوم أنه إذا ملك المستعير أو المستأجر ما استعاره أو استأجره فقد انتهى حكم استحقاق المنفعة بالإعارة أو الإجارة . ففي الحطاب عند قول المصنف في باب الإجارة : « واستئجار مؤجر » مانصه : « إذا اكترى دارًا عشر سنين بعدد معلوم دفعه إليه وسكن الدار شهرًا أو سنة ثم أراد اشتراءها من ربها فقال أبو بكر
79/ب ابن عبد الرحمن / [2] : شراء المكتري [3] لها عندي جائز وهو فسخ لما تقدم عن الكراء ، وعلى هذا لو انهدمت الدار قبل انقضاء مدة الكراء كانت المصيبة من المشتري ؛ إذ الكراء قد انفسخ . وقال الشيخ أبو عمران [4] : شراء المكتري لها جائز ، ويكون ذلك فسخًا للكراء ، ويكون بقية الكراء مضافًا إلى ثمن الدار ويجعل ذلك كله ثمنا للدار اهـ [5] . فمناسبة البند للمذهب واضحة .

بند 706 – تنتهي الحقوق القسرية إذا بقيت ثلاثين سنة بدون أن ينتفع بها أحد . راجع بند 641 إلى بند 643 ، وبند 685 ، وبند 690 ، وبند 691 مدني [6] .

249 ** متى مضت مدة الإجارة أو الإعارة بدون أن ينتفع المستعير أو المستأجر مع التمكن من العين المستأجرة أو المعارة انقطع حق المنفعة ، ولزم المكتري الكراء بالتمكن [7] ؛ وإن لم يستعمل كما ذكره المصنف في فصل الكراء بقوله : « ولزم

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 157/1 .

(2) أبو بكر بن عبد الرحمن : هو أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمر ابن مخزوم ، الإمام ، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة النبوية . أبو عبد الرحمن [يقال اسمه محمد] والصحيح أن اسمه كنيته وهو من سادة بني مخزوم ، حدث عن أبيه ، عمار بن ياسر ، وأبي مسعود الأنصاري ، حدث عنه . ابناه عبد الله وعبد الملك ، ومجاهد ، كان أبو بكر بن عبد الرحمن ممن جمع العلم والعمل الشريف ... له رواية في صحيح البخاري ، توفي سنة 94 أو 95 هـ . سير أعلام النبلاء 352/5-354 .

(3) المكتري : هو المستأجر . انظر لسان العرب (كرى) ص (3866) .

(4) الشيخ أبو عمران هو : أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الفجومي الفاسي القيرواني الفقيه الحافظ العالم الإمام المحدث . كان يقرأ القرآن بالسبع ويجوده مع معرفة بالرجال . تفقه عند الأصيلي ، رحل للشرق ودخل العراق فسمع من أبي الفتح بن أبي الفوارس ، توفي بالقيروان في رمضان سنة 430 . شجرة النور الزكية ص 106 .

(5) منقول بنصه في مواهب الجليل للحطاب 407/5 . (6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 157/1 .

(7) قاعدة : متى مضت مدة الإجارة أو الإعارة بدون أن ينتفع المستعير أو المستأجر مع التمكن من العين المستأجرة أو المعارة انقطع حق المنفعة ، ولزم المكتري الكراء بالتمكن .

الكراء بالتمكن » [1] . فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 708 – كل سبب انتهى به استحقاق المنفعة ينتهي به أيضًا نفس الانتفاع .

راجع بند 706 ، وبند 2262 مدني .

250 ** موافق للمذهب كما هو واضح .

(1) بيّن الشيخ الدردير ما أجمله المصنف في هذه العبارة ، فقال : « ولزم الكراء بالتمكن » من التصرف في العين التي اكتراها من دابة أو دار أو أرض أو غير ذلك وإن لم يستعمل ؛ ثم محل لزومه بالتمكن مالم يكن عدم استعماله خوفا على زرعه من أكل فأر ونحوه إبان الزرع لو زرع ؛ فلا يلزمه الكراء إن امتنع لذلك » . الشرح الكبير لأبي البركات الدردير على مختصر خليل « المصنف » 50/4 .

المقالة الثالثة

في أنواع الطرق التي تفيد الملكية

80/أ **بند 711** – تستفاد الملكية إما بالهبة ، أو بالوصية / ، أو بعقود المعاملات التي هي عبارة عن المشارطات والاتفاقات . راجع بند 544 ، وبند 712 ، وبند 718 ، وبند 893 ، وبند 1101 مدني .

251 ** تستفاد الملكية بالهبة وبالوصية الشرعيتين ، وبعقد المعاملة ، من بيع ونحوه [1] ؛ فالبند موافق للمذهب في الثلاثة .

بند 712 – تستفاد الملكية بتبعية شيء لشيء ، لتضمنه إياه ، وبالمدة الطويلة . راجع بند 546 إلى بند 577 ، ومن بند 2211 إلى بند 2281 مدني .

252 ** يتناول العقد على البناء والشجر – بيعًا أو رهنًا أو غيرهما – الأرض التي هما بها ، ويتناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر [2] ، وتمام الكلام في المذهب . ومسألة الحيازة تقدمت في الكلام على بند 641 ، والحيازة المذكورة هناك إنما توجب عدم سماع دعوى الساكت بلا مانع ؛ فالتناول يوجب الملكية ، والحيازة توجب عدم السماع المذكور . فالبند موافق للمذهب بصدره ، مناسب له بعجزه .

بند 713 – ما لا مالك له هو ملك لبيت المال . راجع بند 539 ، وبند 723 ، وبند 768 مدني .

253 ** ما جهلت أربابه أو لا مالك له أصلًا ، بأن مات الميت لا عن وارث أصلًا محله بيت المال [3] المنتظم [4] . فالبند / موافق للمذهب . 80/ب

بند 714 – قد توجد أشياء لا مالك لها معين ، وينتفع بها عموم الناس . راجع بند 538 ، وبند 540 ، وبند 541 مدني .

---

(1) قاعدة : تستفاد الملكية بالهبة وبالوصية الشرعيتين ، وبعقد المعاملة ، من بيع ونحوه .

(2) قاعدة : يتناول العقد على البناء والشجر بيعًا أو رهنًا أو غيرهما الأرض التي هما بها ، ويتناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر .

(3) قاعدة : ما جهلت أربابه أو لا مالك له أصلًا ، بأن مات الميت لا عن وارث أصلا محله بيت المال المنتظم .

(4) قال ابن جزيّ المالكي : « من لم تكن له عصبة ولا مولى فعاصبه بيت مال المسلمين ، يحوز جميع المال في الانفراد ، ويأخذ ما بقي بعد ذوي السهام » . قوانين الأحكام الشرعية ص 418 .

254 ** قد لا يكون للشيء مالك معين ، بل هو لعموم الناس كالطرق والبحار والأراضي غير المملوكة البعيدة عن حريم البلاد ، ينتفع بها عموم الناس لنحو الاحتشاش [1] ، والاحتطاب . فالبند موافق للمذهب .

بند 715 – رخصة صيد البر والبحر مرتبة أيضا بقوانين خصوصية ، وطرق التمتع بها مبينة في قوانين الحكومة . راجع بند 538 مدني .

255 لصيد البر أحكام شرعية ، لا يجوز تعاطيه بدونها ، وكذا لصيد السمك أحكام يسيرة مذكورة آخر باب إحياء الموات عند قول المصنف : « ولا يمنع صيد سمك وإن من ملكه » [2] . فللبند مناسبة بالمذهب واضحة .

بند 716 – تملك الدفائن والركازات لمن يجدها في أرضه المملوكة له ؛ فإن وجدت في ملك الغير كان النصف للواجد والنصف للمالك ، والدفينة والركاز كل مخبوء لا يقدر أحد أن يثبت ملكيته ، وإنما يلتقى في الأرض بمحض الصدفة والاتفاق . راجع بند 552 مدني .

81/أ **256** ** تقدم في الكلام على بند 598 حكم المعدن والكنوز / المدفونة من المسلم ، أو الذمي ، أو الجاهلي ، ودفن أرض المصالحين لهم بلا تخميس ولو دفنه غيرهم ، إلا أن يجده رب دار منهم بها ، أو يجده غيره بها فلمالكها دونهم ؛ فإن كان دخيلا فيهم فلهم لا له ؛ فإن أسلم رب الدار عاد حكمه للإمام كالمعدن . فالبند إنما يناسب المذهب فيما يجده رب دار بها من المصالحين [3] .

---

(1) الاحتشاش : حش الحشيش واحتشه قطعه ، واحتششته أي طلبته وجمعته . لسان العرب (حشش) (885) .

(2) جاء في الشرح الكبير (ولا يمنع صيد سمك) أي لا يجوز لأحد أن يمنع غيره من صيده (وإن من ملكهِ) أي ملك الذات أو المنفعة لأنه مباح فلكل أحد صيده . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 75/4 .

وجاء في حاشية الدسوقي (قوله وإن كان ملكه) أي هذا إذا كان السمك في ماء الأودية والأنهار التي ليست في ملكه بل في موات بل وإن كان السمك في ماء كائن في ملكه (قوله أي ملك الذات) كأرض الصلح أو موات ملكها بإحياء أو إقطاع وقوله أو المنفعة أي كأرض عنوة وقنعت بمجرد الاستيلاء عليها . حاشية الدسوقي 75/4 .

وهناك – قول آخر في المذهب – بمنع صيد السمك من ملك شخص آخر ، للضرر الشرعي المترتب على ذلك ، وهو وجيه اهـ . بمعناه من الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 75/4 .

(3) راجع قوانين الأحكام الشرعية ص 98 .

وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على بند 598 مع التعليق الفقهي عليه في ص 155 .

بند 717 – قد رتبت الحكومة قوانين خصوصية فيما يتعلق بالحقوق على ما يقذف في البحر المالح ، وعلى ما يقذفه البحر من أي جنس كان ، وعلى ما ينبت على سواحل البحر من النباتات والأعشاب التي تنبت بنفسها . راجع بند 2279 ، وبند 2280 مدني .

257 ** يجوز الطرح من السفينة عند خوف غرقها ، ويوزع ما طرح على مال التجارة فقط ، ولا سبيل لطرح الآدمي ، ذكرًا كان أو أنثى ، حرًا أو عبدًا ، مسلمًا أو كافرًا [1] ؛ خلافًا للخمي [2] القائل بجواز طرح الآدميين بالقرعة ؛ لأن هذا كالخرق ، للإجماع على أنه لا يجوز إماتة أحد من الآدميين لنجاة غيره [3] ، قاله الدسوقي عند قول المصنف في باب الإجارة : « ونوتي [4] غرقت سفينته بفعل سائغ إلخ [5] . وفي النفراوي عن الشامل عند قول الرسالة في الإجارة : ولا كراء له إلا على البلاغ أنه تجب المبادرة إلى رمي ما ثقل ، وخفت قيمته ، وعند تقارب 81/ب القيمة يرمى الأثقل اهـ / ، وتمامه فيه . وفي المجموع ومالفظه البحر إن تقدم له ملك فكالدفن المعصوم منه ، وهو ملك المسلم والذمي لقطة وغيره [6] ، كالركاز وإلا كالعنبر ، وجوهر البحر فلواجده بلا تخميس اهـ . والنباتات والأعشاب التي تنبت بنفسها على سواحل البحر مباحة لعموم الناس [7] ؛ فلكل من الثلاثة المذكورة نصيب من الأحكام الشرعية . فالبند مناسب للمذهب .

---

(1) قاعدة : يجوز الطرح من السفينة عند خوف غرقها ، ويوزع ما طرح على مال التجارة فقط ، ولا سبيل لطرح الآدمي .

(2) هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي ، تفقه بابن محرز ، والسيوري ، وابن بنت خلدون ، وبه تفقه جماعة ، منهم الإمام المازري وأبو الفضل بن النحو ، وأبو علي الكلاعي وغيرهم ، له تعليق على المدونة سماه « التبصرة » ، توفي سنة 478 هـ . ترجمته في (الديباج المذهب ص 203 ، شجرة النور الزكية ص 117) .

(3) قول اللخمي مذكور في حاشية الدسوقي 27/4 .

(4) نوتي : النوتي الملاح الذي يدير السفينة في البحر . ونات ينوت إذا تمايل من النعاس . انظر لسان العرب (نوت) (4570) .

(5) حاشية الدسوقي 27/4 .

(6) قاعدة : ما لفظه البحر إن تقدم له ملك فكالدفن المعصوم منه ، وهو ملك المسلم والذمي لقطة وغيره .

(7) قاعدة : النباتات والأعشاب التي تنبت بنفسها على سواحل البحر مباحة لعموم الناس .

الكتاب الأول

في الميراث

الباب الأول

« في شروط انتقال الميراث » [1]

بند 718 – ينتقل الإرث ويثبت بالموت الحقيقي ، والموت الحكمي : وهو أن يحكم على الشخص بحكم الأموات فيورث ، وتسلب عنه وظائف الحياة . راجع بند 23 ، وبند 25 إلى بند 33 ، وبند 130 وما بعده مدني [2] .

258 ** يتحقق الإرث بالموت الحقيقي والموت الحكمي [3] المتقدم ذكره في الكلام على بند 129 ، فالبند موافق للمذهب بصدره ، مناسب له بعجزه مناسبة ظاهرة .

بند 723 – تعيِّن القوانين مراتب الإرث بين الورثة المستحقين الإرث بالأحكام المعتبرة ؛ فإن لم يكن ورثة بهذه المثابة كان حق الميراث لأحد الزوجين الذي عاش بعد موت الآخر ؛ فإن لم يكن له وارث أصلًا كان الإرث لبيت المال . راجع بند 539 ، وبند 718 ، وبند 731 وما بعده مدني [4] .

259 ** المنصوص أن الوارث بالعصوبة بعد ذوي الفرض ، والتعصيب من أقارب الميت ، وبعد المعتق وعصبته / بيت المال المنتظم الذي لوطن الميت [5] ، سواء مات 82/أ
به أو بغيره كما في الدسوقي [6] . فآخر البند مناسب للمذهب .

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 719 إلى 722 وبند 724 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 160/1 .

(3) من شروط الإرث تحقق موت المورث بالمشاهدة أو البينة ، أو إلحاقه بالموتى حكما ، كما في حكم القاضي بموت المفقود اجتهادًا (الإقناع 104/2 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 487/4) .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 161/1 .

(5) قاعدة : المنصوص أن الوارث بالعصوبة بعد ذوي الفرض ، والتعصيب من أقارب الميت ، وبعد المعتق وعصبته بيت المال المنتظم الذي لوطن الميت .

(6) حاشية الدسوقي 468/4 .

الباب الثاني

« في شروط استحقاق الميراث » [1]

بند 725 – استحقاق الميراث يثبت بوجود الوارث وقت موت المورث ؛ فلا توجد أهلية الإرث في ثلاثة :

الأول : من لم يثبت الحمل به ولو عند الموت .

الثاني : السقط الذي لا يعيش عادة عيشة مستقرة .

الثالث : من حكم عليه بالموت المدني . راجع بند 135 وبند 136 وبند 1039 مدني [2] .

260 ** الحمل اللاحق لصاحب الفراش المحتمل وجوده عند موت المورث ولو نطفة وارث ، وغير المحتمل كمن أتت به لأزيد من أقصى أمد الحمل بعد موت المورث لا يرث [3] ؛ لتحقق عدم وجوده عند موت المورث [4] ، وكذلك السقط الذي لم يعش عيشة مستقرة ، وكذا من حكم عليه بالموت لفقده كما تقدم في الكلام على بند 129 وأنفذت مقاتله ومات له قريب فقد ذكر الحطاب عند قول المصنف : « ولا من جهل تأخر موته أن ابن يونس [5] صوب قول من قال : إنه لا يرث في قريبه [6] . فالبند موافق للمذهب في الحمل والسقط ، مناسب له في الثالث .

بند 727 – ليس أهلا للإرث بل محجوب منه من اتصف بما يأتي :

أولا : من حكم عليه بأنه قتل الميت ، أو قصد قتله .

82/ب **ثانيًا** : من سعى بالميت سعاية توجب استحقاق الميت / القتل ، وكان قد حكم

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 726 ، 728 ، 730 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 161/1 .

(3) قاعدة : الحمل اللاحق لصاحب الفراش المحتمل وجوده عند موت المورث ولو نطفة وارث وغير المحتمل لا يرث .

(4) المغني 316/6 وما بعدها ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 487/4 .

(5) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي ، أخذ عن أبي الحسن الحصائري ، وعتيق ابن عبد الحميد بن القرضي ، وأبي بكر بن عباس من علماء صقلية ، وأكثر من النقل عن بعضهم منهم أبو عمران القاسي ، ألف كتابا حافلا للمدونة ، أضاف إليها غيرها من أمهات الكتب وله كتاب في الفرائض ، توفي سنة 451 هـ (شجرة النور الزكية ص 111) .

(6) مذكور بنصه عن ابن يونس في مواهب الجليل للحطاب 423/6 وما بعدها .

على الساعي بأنه كاذب في دعواه وأن سعيه محض نميمة .

ثالثًا : الوارث الرشيد إذا كان عارفًا بقاتل مورثه ولم يبلغ ذلك في المحكمة . راجع بند 728 مدني [1] .

261 ** لا يرث القاتل لمورثه ؛ ولو معتقا لعتيق ، أو صبيًا ، أو مجنونًا ؛ تسببًا أو مباشرةً ، عمدًا عدوانا ؛ وإن أتى القاتل بشبهة تدرأ عنه القصاص [2] ، كما لا يورث المخطئ من الدية ويرث من المال [3] ، وكذا لو قصد وارث قتل مورثه وكان لا يندفع إلا بالقتل فقتله المورث فإنه يرث من المال لا الدية [4] . فالبند إنما يوافق المذهب في منع من قتل الميت .

بند 729 – إذا أخذ محجوب من الميراث شيئًا من منافع التركة وتمتع به من حين موت المورث لزمه رده . راجع بند 583 ، وبند 584 مدني [5] .

262 ** المحجوب عن الإرث أجنبي من تركة الميت ؛ فمتى تناول شيئًا من التركة فعليه رده بعينه ، أو ضمان قيمته ، أو مثله [6] . فالبند موافق للمذهب .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 162/1 .

(2) قاعدة : لا يرث القاتل لمورثه ، ولو معتقا لعتيق ، أو صبيا ، أو مجنونا ، تسببا أو مباشرة عمدا عدوانا ، وإن أتى القاتل بشبهة تدرأ عنه القصاص .

(3) قاعدة : لا يورث المخطئ من الدية ويرث من المال .

(4) من موانع الإرث : القتل العمد ؛ فمن قتل موروثه عمدًا لم يرث من ماله ولا ديته ولم يحجب وارثًا ، وإن قتله خطأ ورث من المال دون الدية وحجب . هذا هو مذهب المالكية (قوانين الأحكام الشرعية ص 429) .
* وكان القتل مانعًا من الميراث عملا بقوله ﷺ « القاتل لا يرث » وفي رواية أخرى « ليس للقاتل شيء » رواه أبو هريرة ، وأخرجه ابن ماجة ، والنسائي والترمذي .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 162/1 .

(6) قاعدة : المحجوب عن الإرث أجنبي من تركة الميت ، فمتى تناول شيئا من التركة فعليه رده بعينه . أو ضمان قيمته ، أو مثله .

الباب الثالث

« في اختلاف طبقات الوارثين »

الفصل الأول

« أحكام عمومية » [1]

بند 732 – لا ينظر في قسمة التركة إلى جنس الأموال ، ولا لأصلها ، ولا من أي جهة جاءت إلى المورث ؛ فلا ينبى على ذلك شيء في القسمة . راجع بند 896 وما بعده مدني [2] .

263 ** موافق للشرع بالضرورة .

83/أ **بند 733** – كل تركة استحقت أن تعطى للأصول ؛ عصبة / أو أرحامًا ، أو للحواشي تنقسم قسمين متساويين : فالنصف يكون للأقارب من جهة الأب ، والنصف الثاني للأقارب من جهة الأم ، ولا تحجب الأقارب غير الأشقاء بالأشقاء ، وإنما يرثون من سهم جهتهم فقط ، إلا ما ستذكره في بند 752 وأما الأشقاء فإنهم يرثون من سهم نصيبهم من الجهتين ، ولا ينتقل استحقاق جهة إلى أخرى إلا إذا انقرضت أصول تلك الجهة وحواشيها يراجع بند 755 مدني [3] .

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 731 ، 734 إلى 738 ، وكذلك لم يتناول المصنف الفصل الثاني « في التنزيل بالإرث » وبنوده من 739 إلى 744 . والفصل الثالث « في اختصاص الفروع باستحقاق التركة » بند 745 والفصل الرابع « في اختصاص الأصول في استحقاق التركة » والبنود من 746 إلى 749 . والفصل الخامس : « في توريث الحواشي » وبنوده 750 إلى 755 والباب الرابع « في التوريث غير المعتاد » والفصل الأول « في حقوق ولد السفاح على ميراث أبيه وأمه وفي ميراث لاعن وارث من الذرية » بنود 756 إلى 766 « الفصل الثاني » في إرث أحد الزوجين وإرث بيت المال البنود من 767 إلى 773 « الباب الخامس » في قبول الإرث والامتناع عنه « الفصل الأول » في قبول الإرث والبنود 774 إلى 783 « الفصل الثاني » في التخلي والنزول من الإرث 784 إلى 792 . « الفصل الثالث » في رخصة التخيير في القبول بعد ظهور الجرد وفوائده وما يترتب عليه من الحقوق البنود 793 إلى 810 « الفصل الرابع » في حكم التركات الخالية عن الورثة والبنود 811 إلى 814 « الباب السادس » في قسمة التركات واسترداد ما كان أعطاء المورث قبل موته ، « الفصل الأول » في طريقة القسمة وشروطها البنود 815 إلى 842 الفصل الثاني في رد الخارج من التركة إلى أصل التركة البنود 843 إلى 869 الفصل الثالث في قضاء الدين والبنود 870 إلى 882 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 163/1 .

264 ** لا تستحق الجهة البعيدة إلا إذا انقرضت أصول الجهة القريبة وفروعها [1] ؛ فجهة الأخوة مثلا مقدمة على جهة العمومة [2] ، فللبند موافقة للمذهب في توقف استحقاق الجهة الأخرى على انقراض الأصول والفروع من الجهة التي هي أقرب منها .

الفصل الرابع

« في الأحكام المترتبة على القسمة

في ضمانة الوارثين الأنصباء » [3]

بند 884 – يضمن جميع الورثة بعضهم لبعض الحوادث التي توجب الأضرار ، أو رفع اليد لأحدهم على الأملاك التي ورثها إذا كان لسبب سابق على القسمة ، ولا يضمن بعضهم لبعض ما يعرض له من رفع يده عن نصيبه إذا كان ذلك مستثنى الضمان بشرط منصوص عليه في سند التقسيم ، وينقطع الضمان أيضا فيما إذا كان رفع يد الوارث ناشئا عن تقصيره في إثبات حقوقه وتسبب عنه حرمانه . راجع هذا الكتاب في بند 822 ، وبند 870 وما بعده ، وبند 2106 ، وبند 2109 / [4] . 83/ب

265 ** إذا اقتسم الشركاء دارًا أو عبيدًا مثلًا ، وأفرز نصيب كل ثم استحق من أحدهم النصف فدون فله الخيار في التمسك بالباقي ولا يرجع بشيء ، ورجوعه شريكًا فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق ، وإن استحق من أحدهم الربع فلا خيار له والقسمة باقية لا تنقضي ، وليس له إلا الرجوع بنصف قيمة ما استحق من يده ، ولا يرجع شريكًا بنصف ما يقابله ، وإن استحق من أحدهم أكثر من النصف ، فله الخيار إما أن يفسخ القسمة ويرجع شريكًا في الجميع ، وإما أن يبقيها على حالها ولا يرجع بشيء . فالبند مناسب للمذهب في صدره من حيث رفع يد أحدهم عن الأملاك التي ورثها .

---

(1) قاعدة : لا تستحق الجهة البعيدة الإرث إلا إذا انقرضت أصول الجهة القريبة وفروعها .

(2) إذا انفرد واحد من العصبات أخذ الباقي وحده ، وإن تعددوا فالتقديم بقوة الجهة ؛ فالبنوّة مقدمة على الأبوة ، والأبوة مقدمة على الأخوة ، والأخوة مقدمة على العمومة (قوانين الأحكام الشرعية لابن جزيء المالكي ص 416 وما بعدها) .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 883 ، 886 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 196/1 وما بعدها .

بند 885 – كل واحد من الورثة مكلف بأن يجبر على قدر ما خصه من التركة خسارة من رفع يده عن شيء مما ورثه بسبب حادثة سابقة ؛ فإن عجز أحد الورثة عن دفع ما يخصه لإعساره ، رفعه جميع الورثة بخصم حصة مرفوع اليد المضمون له ذلك . راجع هذا الكتاب في بند 870 ، وبند 873 وما بعده ، وبند 213 ، وبند 2109 [1] .

266 ** يناسب صدر هذا البند ما تقدم في الكلام على البند قبله ، ففي صدر هذا أيضا مناسبة للمذهب .

الفصل الخامس

« في نقض القسمة » [2]

بند 887 – يجوز نقض القسمة بغصب أو خيانة .

84/أ ويجوز إبطال القسمة إذا ثبت أن أحد الورثة نقص من نصيبه / أكثر من الربع بسبب التدليس والخيانة ، ولكن مجرد نسيان فرع من فروع التركة لا يوجب إبطال القسمة ولا إعادتها ، وإنما يوجب قسمة الفرع المنسي وإلحاقه بدفتر القسمة . راجع هذا الكتاب في بند 792 ، وبند 1077 وما بعده ، وبند 1109 وما بعده ، وبند 1304 وما بعده وبند 1677 وما بعده وقانون إقامة الدعاوي في بند 400 [3] .

267 ** القسمة بالقرعة أو التراضي لازمة حيث وقعت على الوجه الصحيح [4] ؛ فمن أراد الرجوع لم يكن له ذلك ، ثم إن كانت القسمة بالقرعة وادعى أحد المتقاسمين أن ما بعده أقل من نصيبه بالقسمة يجوز بها ، وهو ما كان عن عمد ، أو غلط من القاسم ، وهو مالم يكن عن عمد ، نظر الحاكم ؛ فإن تحقق عدم ذلك منع المدعي من دعواه ، وإن أشكل عليه الأمر بأن لم يتفاحش ولم يثبت حلف المنكر لدعوى صاحبه الجور أو الغلط ، وإن تفاحش الجور أو الغلط بأن ظهر حتى لغير أهل المعرفة أو بين بقول أهل المعرفة نقضت ، وكذا إن لم يتفاحش ولكنه ثبت ، كذا في

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 197/1 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 888 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 197/1 .

(4) قاعدة : القسمة بالقرعة أو التراضي لازمة حيث وقعت على الوجه الصحيح .

الدردير والدسوقي عند قول المصنف في باب القسمة : « ولزم ونظر في دعوى جور إلخ » [1] ، وتمام الكلام فيهما وفي غيرهما [2] من كتب المذهب ، فلصدر البند ما عدا الغصب مناسبة بالمذهب واضحة .

بند 889 – لا يجاب طالب القسمة إلى إبطال القسمة إذا / تظلم من بيعه 84/ب حقه من الإرث ؛ إذا كان بيعه لذلك حصل من غير غرر ، ولا غبن فاحش ولا تدليس لأحد الورثة أو لباقيهم وكان من اشتراه أخذه على جميع عيوبه ساقط الخيار . راجع بند 780 ، وبند 841 مدني [3] .

268 ** إذا باع أحد الورثة نصيبه الشائع من أعيان التركة المعينة ، واقتسم المشترى مع الورثة ، ثم تظلم البائع بدون غبن معتبر شرعًا فلا وجه لتظلمه ، ولا يرد البيع ولا تنقضي القسمة [4] كما هو معلوم ، والغبن المعتبر شرعًا هو ما نقص عن القيمة نقصًا بينًا ، وكان البائع به أو المشتري به وكيلًا أو وصيًّا ، وما صدر بعد الاستسلام كما فصل ذلك عند قول المصنف : « ولا بغبن ولو خالف العادة » [5] . فصدر البند مناسب للمذهب جدًّا .

بند 890 – لأجل الحكم بالغبن وعدمه يلزم تقويم الأشياء على حسب قيمتها في وقت القسمة . راجع هذا الكتاب في بند 1675 [6] .

(1) الشرح الكبير على مختصر خليل « المصنف » وحاشية الدسوقي 511/3 ، 512 .

(2) كالتاج والإكليل للعبدري 345/5 . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 198/1 .

(4) قاعدة : إذا باع أحد الورثة نصيبه الشائع من أعيان التركة المعنية واقتسم المشتري مع الورثة ، ثم تظلم البائع بدون غبن معتبر شرعًا فلا وجه لتظلمه ، ولا يرد ولا تنقضي القسمة .

(5) جاء في حاشية الدسوقي (قوله ولا يرد المبيع بغبن) أي مالم يكن البائع بالغبن أو المشتري به وكيلًا أو وصيًا وإلا رد ما صدر منهما من بيع أو شراء فإن باعا بغبن وفات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحاباة به فإن تعذر الرجوع على المشتري رجع على البائع وهو الوكيل والوصي بذلك وإن اشتريا بغبن وفات ذلك المشتري رجع الموكل والمحجور على البائع بما وقعت المحاباة والغبن به فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على المشتري وهو الوكيل والوصي كما مر به ابن عتاب في طوره وغيره وهل يتقيد الغبن في بيع الوكيل والوصي بالثلث كالغبن في بيعهما ما لأنفسهما وهو ظاهر قول أبي عمران أولا يتقيد به بل ما نقص عن القيمة نقصًا بينًا أو زاد عليها زيادة بينة وإن لم يكن الثلث قال ابن عرفة وهو الصواب وهو مقتضي الروايات في المدونة اهـ حاشية 140/3 .

وجاء في الشرح الكبير (ولا) يرد المبيع (بغبن) بأن يكثر الثمن أو يقل جدًّا (ولو خالفَ العادَة) بأن خرج عن معتاد العقلاء . الشرح الكبير 140/3 . (6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 198/1 .

269 ** المستفاد من كلامهم أن الاعتبار في الغبن وعدمه بقيمة الأشياء وقت البيع [1] . فالبند إنما يوافق المذهب في أصل اعتبار القيمة بالنسبة للغبن أو عدمه .

بند 891 – يجوز لمن اتهم بالغبن وطولب بإبطال القسمة أن يوقف إقامة الدعوى ويمنع عمل قسمة جديدة ؛ بأن يعطي لخصمه ما ادعاه من أرْش [2] 85/أ نصيبه ، إما نقدًا أو عينًا / ، راجع هذا الكتاب في بند 1681 وما بعده [3] .

270 ** إذا قام البائع بالغبن في مسألة بيع الوصي والوكيل وفي الاستسلام فقيل : إن له رد البيع ما دام المبيع قائمًا وهو المشهور ، وقيل : للمشتري أن يوفي تمام القيمة ولا يرد البيع وإن لم يفت ، وقيل غير ذلك . أفاده الحطاب عند قول المصنف : « ولا بغبن إلخ » [4] ؛ فالبند يناسب المذهب في رد الغابن لخصمه تمام القيمة مع مضي البيع [5] .

بند 892 – إذا باع أحد الورثة نصيبه كله أو بعضه فلا يجاب لطلب إبطال القسمة ؛ إذا ثبت أن بيعه كان بعد ظهور الغبن أو زوال الغصب . راجع هذا الكتاب في بند 1115 . [6]

271 ** إذا باع وكيل أحد الورثة مثلا نصيبه كله أو بعضه بغبن واقتسم المشتري مع باقي الورثة ثم قام موكل البائع بالغبن والأعيان المقسومة قائمة ؛ فإن كانت القسمة مراضاة فهي بيع مفوت للبيع الأول ؛ فيرجع الموكل على المشتري بما وقع الغبن به ، فإن تعذر الرجوع على المشتري رجع على البائع وهو الوكيل بذلك ، وإن كانت قسمة قرعة فللموكل نقضها ورد البيع الأول ؛ حيث إنها ليست بيعًا مفوتًا للبيع الأول ، كذا يستفاد من الحطاب في التنبيه السادس عند قول المصنف في باب الخيار : « ولا بغبن إلى آخره » [7] ، ومن الدسوقي في المحل المذكور [8] ،

---

(1) قاعدة : الاعتبار في الغبن وعدمه بقيمة الأشياء وقت البيع .

(2) أرْش : الأرش من الجرامات : ليس له قدر معلوم ، وقيل هو دية الجراحات وهو الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع . انظر اللسان (أرش) (60) .

(3) تعريب القانون الفرنساوي 198/1 .

(4) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب على مختصر خليل 468/4 ، 472 ، 473 .

(5) قاعدة : يرد الغابن لخصمه تمام القيمة مع مضي البيع .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 198/1 .

(7) مواهب الجليل للحطاب 468/4 ، 472 ، 473 .

(8) حاشية الدسوقي 140/3 .

ومن / المصنف والدردير عند قول المصنف أول باب القسمة : « ومراضاة فكالبيع »[1] ؛ 85/ب
فالبند يناسب المذهب في إبطال القسمة بظهور الغبن إن كانت قسمة قرعة[2] .

الكتاب الثاني

في الهبة[3] والوصية[4]

الباب الأول

« في ضوابط عمومية »[5]

بند 893 – ليس للإنسان أن يتبرع في ماله إلا بالهبة أو الوصية بما سيأتي من الأحكام . راجع بند 711 ، وبند 931 وما بعده ، وبند 967 مدني[6] .

272 ** ليس لهذا البند موافقة للمذهب إلا فيما استفيد منه أن الإنسان يتبرع في ماله بالهبة والوصية ، وإلا فالتبرعات لا تنحصر فيما ذكر ؛ إذ قد يكون التبرع بالعتق ، والحبس ، والحمالة ، وغير ذلك[7] .

بند 894 – الهبة عقد به يتبرع الواهب بشيء للموهوب له ؛ فيخرج من يد الواهب بدون رجوع إلى يد الموهوب له بعد الإيجاب والقبول . راجع بند 711 ، وبند 901 وما بعده ، وبند 913 وما بعده مدني[8] .

273 ** الرجوع في الهبة يكون للأب وللأم بتفصيل طويل مذكور عند قول

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير : (و) الثاني من القسمة (مُراضاةٌ) بأن يدخل على أن كل واحد يأخذ حصة من المشترك يرضى بها بدون قرعة وأشار بقوله (فكالبيع) إلى أن من صار له شيء ملك ذاته وأنها تكون فيما تماثل أو اختلف مقوما فيها وقد يتسامح فيها مالا يتسامح في البيع . الشرح الكبير 499/3 ، 500 .

(2) قاعدة : تبطل القسمة بظهور الغبن إذا كانت قسمة قرعة .

(3) الهبة : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهابًا . انظر لسان العرب (وهب) (4929) .

(4) الوصية : ما أوصيت به ، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت . لسان العرب (4854) .

(5) لم يتناول المصنف في هذا الباب البند 897 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 199/1 .

(7) جاء في الشرح الكبير للدردير على المختصر 97/4 ، وما بعدها « وصحت » أي الهبة « في كل مملوك » للواهب ، فلا تصح في حر ، ولافي ملك غير ، بخلاف بيعه ؛ لأنه في نظير عوض « ينقل » أي يقبل النقل شرعًا .

(8) تعريب القانون الفرنساوي المدني 199/1 .

المصنف في باب الهبة : « وللأب اعتصارهما [1] من ولده إلخ » [2] ، والإيجاب والقبول هما صيغة الهبة ، وهي ركن لها ، كما صرح به الحطاب عند قول المصنف « بصيغة أو مفهمها » [3] ؛ فالتعريف الذي في البند موافق للمذهب ؛ إن
86/أ قيد قوله بدون رجوع بغير الأب والأم / .

بند 895 – الوصية أن يجعل الموصي للموصى له كل ماله أو بعضه بعد موته ومع ذلك فله الرجوع فيما أوصى به ما دام حيا . راجع بند 711 ، وبند 901 مدني [4] .

274 ** المشهور أن بيت المال عاصب ، فهو كوارث ثابت النسب ، كان منتظما أو لا . وقيل : إنه حائز للأموال الضائعة . لا وارث وهو شاذ ، وعليه فيجوز للإنسان أن يوصي بجميع ماله إذا لم يكن له وارث من النسب لا على الأول ، ذكره الدسوقي في الفرائض عند قول المصنف : ثم بيت المال [5] . والوصية من العقود الجائزة إجماعًا [6] ، سواء وقعت في صحة أو مرض ؛ فيجوز الرجوع فيها ما دام حيًا ، كذلك ولو التزم عدم الرجوع وهو الذي به العمل ، وقيل : إن التزم عدم الرجوع فلا رجوع له ، وصحح وبه الفتوى ، ومضى به القضاء عند المتأخرين [7] ، وبه كان يفتي العبدوسي [8] وتبعه من بعده [9] . فما في البند من

---

(1) اعتصارهما : اعتصر العنب أي استخرج ما فيه واعتصره إذا عُصر له خاصة واعتصر عصيرًا اتخذه . انظر لسان العرب (عصر) (2969) .

(2) أي أخذها منه جبرا بلا عوض ولو حازها الابن ؛ بأن يقول : رجعت فيما وهبته له ، أو أخذتها أو اعتصرتها ؛ فلا يشترط لفظ الاعتصار على الأظهر ، لعدم معرفة العامة له غالبا . الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 110/4 .

(3) نص عبارة الحطاب عند القول المذكور هو : « قال في الذخيرة : الركن الرابع : السبب الناقل ، وفي الجواهر : هو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض ، أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل . انتهى » مواهب الجليل للحطاب 54/6 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 199/1 .

(5) جاء في حاشية الدسوقي (قوله ثم يليه بيت المال) أي ثم يليه في الإرث بالعصوبة بيت المال الذي لوطنه مات به أو بغيره من البلاد كان ماله به أو بغير . حاشية الدسوقي 468/4 .

(6) قاعدة : الوصية عقد جائز إجماعًا .

(7) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 428/4 .

(8) العبدوسي هو : أبو محمد بن عبد الله بن محمد بن موسى بن معطي العبدوسي الفاسي كان فقيها وعالما ومحدثا ، وكان زاهدًا قطبًا في السخاء إماما في نصح الأمة ، له نظم حسن في شهادة السماع ورسائل وفتاوى كثيرة نقل منها في المعباد ، توفي سنة 849 هـ شجرة النور الزكية ص 255 .

(9) حاشية الدسوقي 428/4 .

الوصية بكل المال أو بعضه بدون تقييد بالثلث إنما يتمشى على هذا القول الشاذ ، ولا يؤخذ على عمومه ؛ فإن الوصية تبطل بالزائد عن الثلث ، فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله ، أو بقدر معين يبلغ نصف ماله ؛ نفذت الوصية بالثلث ، ورد ما زاد عليه ولو لم يكن له وارث ؛ لحق بيت المال ، والمعتبر الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت [1] ؛ فإذا أوصى له بمائة وهي ثلث ماله يوم الموت وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين أعطي خمسين / ، وكذا إذا قيل : أوصيت له بثلث مالي فالعبرة بماله يوم 86/ب
التنفيذ ، كل هذا من الدردير والدسوقي في باب الوصية [2] ؛ فالبند بعجزه موافق للمذهب ، وبصدره إنما يتمشى على القول الشاذ المذكور .

بند 896 – شرط أيلولة الهبة أو الوصية إلى وارث ممنوع في عقد الهبة والوصية .

فكل من عقد به يكلف الموهوب له أو الوارث أو الموصى له بأن يقبضه ويعطيه لآخر فهو لاغ بالنسبة لذلك الآخر ، بل وبالنسبة للموهوب له وللوارث أو الموصى له ، ولكن الأموال الخالية إذا أنعم بها المَلِك لأحد من الأمراء أو لرئيس عائلة وجعلها متوارثة في ذريته ؛ فإنه يصح نقلها وتكون متوارثة كما هو منصوص عليه في أصول المملكة . راجع بند 897 وما بعده مدني [3] .

275 ** من وهب لرجل هبة أو تصدق عليه على أن لا يبيع ولا يهب ، لم يجز والهبة جائزة ومثلها الصدقة ، وقيل : إن الصدقة والهبة لا تجوز إلا أن يشاء الواهب أن يبطل الشرط ، وقيل : إن الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته ، وقيل : إن الشرط عامل والهبة ماضية لازمة ؛ فتكون الصدقة بيد المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت ، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث ،

(1) قاعدة : الوصية تبطل بالزائد على الثلث والمعتبر الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير (و) بطل الإيصاء (لوارث كغيره) أي كغير وارث (بزائد الثلث) ويعتبر الزائد (يوم التنفيذ) لا يوم الموت فإذا أوصى له بمائة وهي ثلث ماله يوم الموت وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين أعطى خمسين ، وكذا إذا قال : أوصيت له بثلث مالي فالعبرة بما له يوم التنفيذ . الشرح الكبير 427/4 وجاء في حاشية الدسوقي : (قوله وبطل الإيصاء لوارث) أي ولو بقليل زيادة على حقه فإن أوصى للوارث ولغيره بطلت حصة الوارث فقط (قوله كغيره بزائد الثلث) أي كما تبطل الوصية لغير الوارث بزائد الثلث فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله أو بقدر معين يبلغ نصف ماله نفذت الوصية بالثلث ورد ما زاد عليه ولم يكن له وارث لحق بيت المال . حاشية الدسوقي 427/4 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 199/1 .

وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب ؛ لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء ، 87/أ وقيل غير ذلك . اهـ / ، ملخصًا من الحطاب أول باب الهبة [1] . والظاهر أن مثل شرط عدم البيع والهبة شرط أن يبيعه لفلان للتحجير في كل ، وذكر الدسوقي عند قول المصنف : « وصحت في كل مملوك ينقل » [2] أن سائر التبرعات كالشيء الواحد [3] ؛ فمفاده أن الوصية كالهبة في الحكم المذكور؛ لأن كل منهما تبرع ؛ وحينئذٍ فشرط أيلولة الهبة أو الوصية إلى وارث بالبيع يجري فيه الحكم المذكور ، وإذا أقطع الإمام رجلًا أرضًا كانت ملكًا له ، وإن لم يعمر منها شيئًا فله بيعها وهبتها والتصدق بها وتورث عنه ، وليس هو من الإحياء ؛ بل تمليك مجرد ، نقله الدسوقي في إحياء الموات [4] . وإذا أعطي الإمام شيئًا من بيت المال لمصلحة كعقل جراح [5] وإعانة أهل العلم ملكه يتصرف فيه تصرف الملاك ويورث عنه [6] .

فآخر البند مناسب للمذهب ، وصدره مناسب أيضا على القول الثاني من الأقوال المذكورة ، ماعدا الوارث المذكور فيه مرتين بعد التفريع .

بند 898 – إذا أهدى إنسان لآخر هدية أو ورثه أو أوصى له وقال : إن لم يقبلها فهي لفلان فلم يقبلها فآلت للآخر ؛ فليست أيلولة ممنوعة . راجع بند 1039 إلى بند 1043 مدني [7] .

276 ** لا تخفى موافقة هذا البند للمذهب .

87/ب **بند 899 –** وكذلك هبة الثمرة أو الوصية بها لإنسان / وهبة عينها مجردة عن

---

(1) مواهب الجليل للحطاب 50/6 . (2) الشرح الكبير للدردير 97/4 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي (قوله وصحت إلخ) اعلم أن أركان الهبة أربعة : الموهوب له وحذف المصنف التصريح به هنا للعلم به من قوله في الوقف على أهل للتملك فيشترط فيه هنا ذلك كما حذف من الوقتي التصريح بالوقتى للعلم به من قوله هنا فمن له تبرع بها ؛ لأن البابين كالشيء الواحد بل سائر التبرعات كذلك . حاشية الدسوقي 97/4 ، 98 . (4) نقله الدسوقي عن ابن شاس في حاشيته 68/4 .

– وقوله : بل تمليك مجرد : أي لا يحتاج معه إلى عمارة ، والمراد أنه مجرد عن شائبة العوضية بإحياء أو غيره . (المرجع السابق) .

(5) كعقل جراح : العقل الحِجر والنهى ضد الحمق والجمع عقول ، العقل الدية . لسان العرب (عقل) (3046) .

(6) قاعدة : إذا أعطي الإمام شيئا من بيت المال لمصلحة كعقل جراح وإعانة أهل العلم ملكه يتصرف فيه تصرف الملاك ويورث عنه . (7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 199/1 .

الثمرة أو الإيصاء بها لآخر ، فليس ذلك ممنوعًا . راجع بند 949 مدني [1] .

277 ** هبة الثمرة منفردة صحيحة [2] كما يؤخذ من الدردير والدسوقي في فصل تناول البناء إلخ عند قول المصنف : « ورخص لمعر [3] إلخ » ، وكذا الوصية بما ذكر ؛ إذ لا فرق . وهبة أصل الشجرة مجردة عن الثمر جائزة كما يستفاد من المصنف وما كتب عليه عند قوله : « كهبة نخلٍ واستثناء ثمرتها إلخ » [4] وفي الحطاب عند قول المصنف في باب الهبة : « وإن مجهولا ما نصه : فرع قال في المدونة : وإذا وهب له حائطًا وبه ثمر وزعم أنه إنما وهبه الأصل دون الثمر ؛ فإن كان لم يؤبر فهو للموهوب له ، وإن كان مؤبرا [5] فهو للواهب ، ويقبل قوله ولا يمين عليه ا هـ [6] . ومثل الهبة الوصية كما يفيده قول الدسوقي السابق في الكلام على بند 896 ، فالبند موافق للمذهب .

بند 900 – كل عقد هبة أو وصية اشتمل على شروط متعذرة الإجراء ، أو على معصية ، أو شيء يخل بالحياء والأخلاق كان لاغيًا بالكلية ، وكأنه لم يكن . راجع بند 6 ، وبند 815 ، وبند 1133 مدني [7] .

278 ** الهبة قد تشتمل على شروط مبطلة كما إذا وهب نخلًا واستثنى ثمرتها سنين وشرط أن يكون السقي في تلك المدة على الموهوب له ؛ للجهل بعوض السقي ؛ إذ لا يدري / ما يصير إليه النخل بعد تلك الأعوام في نظير سقيه ، وكهبة 88/أ فرس لمن يغزو عليها سنين وشرط أنه ينفق عليه المدفوع له في تلك المدة من عنده ، وأن لا يتصرف فيه تصرف الملاك ببيع وهبة ونحوهما حتى يفرغ الأجل المذكور ؛ فلا تجوز لما فيه من التحجير عليه ، ولأنه باع الفرس بالنفقة عليه تلك السنين ولا يدري هل يسلم الفرس إلى ذلك الأجل أم لا ؟ فتذهب النفقة باطلًا ؛ فهو غرور

---

(1) السابق 200/1 . (2) قاعدة : هبة الثمرة منفردة صحيحة .

(3) جاء في الشرح الكبير (ورُخصَ) جواز (لمعر) وهو واهب الثمرة (وقائمٍ مقامه) من وارث وموهوب ومشترك للأصل مع الثمرة أو للأصل فقط . الشرح الكبير 179/3 .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير : قوله (كهبة نخلٍ) لشخص (واستثناء ثمرتها) أي استثنى الواهب ثمرتها (سنين) معلومة أو سنة فلا مفهوم للجمع على الأصح (و) الحال أن الواهب شرط أن يكون (السقيُ) في تلك المدة (على الموهوب له) وعلة المنع الجهل بعوض السقي . الشرح الكبير 109/4 ، 1104 .

(5) مؤبر : جعْل الأرض حبيسًا لا تباع ولا تورث . لسان العرب (أبر) (5) .

(6) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 52/6 . (7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 200/1 .

ومخاطرة ، ذكره المصنف والدردير في باب الهبة [1] ، وقد تشتمل على معصية فتبطل كهبة ملك الغير ، وكذلك الوصية قد تكون بمعصية فتبطل ، كأن يوصي بمال يشترى به خمر لمن يشربها ، ومنه الإيصاء ببناء مسجد أو مدرسة في الأرض المحبسة [2] على دفن الأموات فيها ، كقرافة مصر ، والوصية بضرب قباء على قبره مباهاة ، والوصية بإقامة المولد على الوجه الذي يقع في هذه الأزمنة من اختلاط النساء بالرجال والنظر للمحرم ونحو ذلك من المنكر ، والوصية بناحية أو بلهو محرم في عرس [3] . فالبند مناسب للمذهب .

الباب الثاني

« في صحة التصرف بالهبة والوصية » [4]

بند 901 – يشترط لصحة كل من الهبة والوصية أن يكون الواهب أو الموصي عاقلًا . راجع بند 489 ، وبند 499 ، وبند 513 مدني [5] .

279 ** موافقة هذا البند للمذهب واضحة / . 88/ب

بند 902 – لكل إنسان أن يهب أو أن يوصي ، ويقبل الهبة أو الوصية إلا من نص القانون على عدم أهليته لذلك . راجع بند 25 ، وبند 463 مدني [6] .

280 ** الهبة باطلة من السفيه ، والصبي ، والمجنون ، والمرتد ، والسكران ، وهبة المريض ، والزوجة فيما زاد على الثلث ، وهبة من أحاط الدين بماله صحيحة موقوفة على الوارث والزوج ورب الدين [7] ، والوصية باطلة من الرقيق ولو بشائبة ، المجنون

---

(1) مذكور بنصه في الشرح الكبير على مختصر خليل مع تعليق في حاشية الدسوقي 109/4 وما بعدها .

(2) المحبسة : تقع على كل شيء وقفه صاحبه وقفًا محرمًا لا يورث ولا يباع من الأرض أو غيرها . لسان العرب (حبس) (752) .

(3) علق الدسوقي على ذلك قائلا : « فكل ذلك تبطل به الوصية ، ولا ينفذ ، ويرجع ميراثا » . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 427/4 .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 903 ، 904 ، 908 ، 909 ، 910 ، 912 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(5 ، 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 200/1 .

(7) قاعدة : الهبة باطلة من السفيه ، والصبي ، والمجنون ، والمرتد ، والسكران ، وهبة المريض ، والزوجة فيما زاد على الثلث ، وهبة من أحاط الدين بماله صحيحة موقوفة على الوارث والزوج ورب الدين .

والصغير والسكران غير المميزين حال الإيصاء ، وغير المالك للموصى به [1] ؛ فشمل من لم يملك أصلا ، ومن ملك ملكا غير تام كمستغرق الذمة ، وغير هؤلاء تصح هبته ووصيته صحة تامة ، والمحجور صغيرًا كان أو سفيهًا ليس له قبول الوقف والهبة والصدقة [2] ؛ بل إنما يقبل له وليه كما سيأتي في الكلام على بند 935 ، ومثل ذلك الوصية كما صرح به عبد الباقي [3] أوائل بابها ؛ فالبند مناسب للمذهب .

بند 905 – ليس للمرأة المتزوجة أن تتصرف في أموالها بالهبة إلا برضا صريح من زوجها ، أو بإذن المحكمة وفاقًا لما ذكر من الأحكام في بندي 217 و 219 في عنوان النكاح .

وأما تصرفها في أموالها بالوصية فلا تحتاج فيه لرضا من زوجها ولا إذن من المحكمة . راجع بند 226 [4] .

281 ** ليس للمرأة أن تتبرع فيما زاد على ثلثها إلا بإذن / [5] زوجها [6] ؛ فصدر 89/أ البند مناسب للمذهب بتقييد التبرع بكونه فيما زاد على الثلث .

بند 906 – يكفي في أهلية الهبة لإنسان أن تكون أمه حاملا به وقت تلك الهبة .

وكذلك يكفي في كون الإنسان أهلًا لأن يوصى له أن تكون أمه حاملا به وقت موت الموصي ، ومع ذلك لا تجري أحكام الهبة أو الوصية إلا بعد وضع الموهوب له أو الموصى له بحالة يمكن أن يعيش بها ، لا سَقْطا لم يعش عيشة مستقرة . راجع بند 312 ، وبند 314 ، وبند 725 مدني [7] .

282 ** قال الدسوقي : اعلم أن أركان الهبة أربعة : الموهوب له ، وحذف المصنف التصريح به للعلم به من قوله في الوقف على أهل للتملك ؛ فيشترط فيه هنا ذلك ، كما حذف من الوقف التصريح بالواقف للعلم به من قوله هنا ممن له تبرع بها ؛

(1) قاعدة : الوصية باطلة من الرقيق ولو بشائبة والمجنون والصغير والسكران غير المميزين حال الإيصاء ، وغير المالك للموصى به .

(2) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 98/4 .

(3) المراد به عبد الباقي الزرقاني ، وقد سبقت له ترجمة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 200/1 وما بعدها .

(5) قاعدة : ليس للمرأة أن تتبرع فيما زاد على ثلثها إلا بإذن زوجها .

(6) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 98/4 .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 201/1 .

لأن البابين كالشيء الواحد ، بل سائر التبرعات كذلك . اهـ [1] .

المراد منه وقد مثل المصنف في باب الوقف أهل التملك بمن سيولد [2] ، أي من حمل موجود أو سيوجد كما أفاده الدردير عند قول المصنف : كعلى ولدي ولا ولد له [3] ، قال الشيخ [4] والدسوقي : أي ولو كانت الأهلية ستوجد فيصح الوقف [5] ؛ إلا أنه غير لازم بمجرد عقده ، بل يوقف لزومه كغلته إلى أن يوجد فيعطاها ويلزم ، وعلى هذا فللمحبس بيع ذلك الوقف قبل ولادة المحبس عليه كما يأتي في قوله : كعلي ولدي ولا ولد له ؛ ابن عرفة : وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته
89/ب قولا ابن القاسم ومالك ، انظر الحطاب / [6] . فإن حصل مانع من الوجود كموت ويأس منه ؛ رجعت الغلة للمالك أو ورثته إن مات . اهـ [7] . ومثل الموقوف عليه الموهوب له فتصبح الهبة لمن سيولد على وجه ما ذكر مع تبديل الغلة بالذات الموهوبة ، وتصح الوصية لمن يصح تملكه ولو في ثاني حال كمن سيكون من حمل موجود أو سيوجد ؛ فإن كان موجودًا فإنه يؤخر الموصى به لوضعه ، فإن وضع

---

(1) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 97/4 وما بعدها .

(2) يريد المصنف بهذا بيان الركن الثالث من أركان الوقف وهو الموقوف عليه ، وعبر عنه بقوله : « على أهل التملك » حقيقة كزيد والفقراء ، أو حكمًا كمسجد ورباط وسبيل ، (كمن سيولد) مثال للأهل ، أي ولو كانت الأهلية ستوجد فيصح الوقف وتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاها مالم يحصل مانع من الوجود كموت ويأس منه ؛ فترجع الغلة للمالك أو ورثته إذا مات » . (الشرح الكبير على مختصر خليل 77/4) .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير قوله (أو) شرط في وقفه أنه (أو لوارثه) يوم التصور ملكًا عمل بشرطه (كعلى ولدي ولا ولد له) حين التحبيس فيرجع له أو لوارثه ملكًا له بيعه وإن لم يحصل له يأس من الولد الشرح الكبير 89/4 .

(4) المراد به الشيخ الدردير ، وقد سبقت له ترجمة .

(5) جاء في حاشية الدسوقي قوله (أهليه التبرع) أي بأن يكون رشيدًا طائعًا (قوله حال تعلق حق الغير به) أي بأن أراد الواقف وقف ما ذكر من الآن مع كونه مرتهنًا أو مستأجرًا وأما لو وقف ما ذكر قاصدًا بوقفها من الآن أنها بعد الخلاص من الرهن والإجارة تكون وقفًا صح ذلك ؛ إذ لا يشترط في الوقف التنجيز (قوله مثال للأهل) أي مثال لمن يكون أهلًا للتملك بعد الإيقاف ويعلم منه بالأولى صحة الوقف على من كان أهلًا للتملك حين الوقف (قوله فيصح الوقف) أي إلا أنه غير لازم بمجرد عقده بل يوقف لزومه كغلته إلى أن يوجد فيعطاها ويلزم وعلى هذا فللمحبس بيع ذلك الوقف قبل ولادة المحبس عليه كما يأتي في قوله كعلي ولدي ولا ولد له ابن عرفة وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك) . حاشية الدسوقي 77/4 .

(6) ذكر ذلك كله الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير 77/4 .

(7) هذا التعقيب للشيخ الدردير (الشرح الكبير 77/4) .

واستهل [1] أو تحقق منه كثرة وضع أو نحو ذلك مما يدل على تحقق حياته أخذ الموصى به وإلا رد لورثة الموصي ، وإن كان غير موجود من أصله انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ، ثم بعده ترد لورثة الموصي ، ذكره الدردير والدسوقي أول باب الوصية [2] ؛ وحينئذٍ فالمذهب أقوى من البند .

بند 907 – ليس للقاصر أن يهب شيئًا من أمواله للوصي عليه أو يوصى له بشيء ؛ ولو كان قد بلغ من العمر ست عشرة سنة .

وكذلك لا يسوغ لمن بلغ رشده أن يتصرف في أمواله بالهبة أو الوصية لمن كان وصيا عليه أو قيما إلا بعد أن يتمم محاسبة الوصاية والولاية .

ويستثنى من الصورتين المتقدمتين ما إذا كان الوصي على القاصر من أصوله . راجع بند 402 ، وبند 772 ، وبند 1195 [3] .

283 ** لا يسوغ للقاصر الشرعي أن يهب شيئًا من أمواله / مطلقا [4] ، هذا ما يناسب البند من المذهب . 90/أ

بند 911 – كل تبرع بهبة أو وصية لمن ليس أهلًا لأن يوهب أو يوصى له فهو باطل لا يعتد به سواء عمل بحيلة المعاوضة ، ظاهر المتبرع بها للغير باطنًا أولا ؛ فالآباء والأمهات والأولاد وأولاد الأولاد الهبة لهم تعد من باب توسط الغير ، وكذلك زوجة هذا الإنسان الذي ليس أهلًا للتبرع له . راجع بند 1350 ، وبند 1352 [5] .

284 ** كل من ليس أهلا للهبة والوصية ممن تقدم ذكرهم لا تصح له الهبة ولا الوصية . هذا ما يناسبه البند من المذهب .

---

(1) أي استهل صارخا ، أي صاح به (السابق 423/4) .

(2) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 423/4 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 201/1 .

(4) قاعدة : لا يسوغ للقاصر الشرعي أن يهب شيئًا من أمواله مطلقا .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 202/1 .

الباب الثالث

« في النصاب المتبرع به من الأموال وفي استرداد الزائد »

الفصل الأول

« في نصاب ما يتبرع به من الأموال » [1]

بند 916 – عند عدم الورثة من الفروع والأصول يكون نصاب التبرعات مستغرقًا لجميع التركة ؛ سواء كانت بالهبة أو الوصية . راجع بند 745 وما بعده مدني [2] .

285 ** مفاد ما ذكره الدردير والدسوقي في مبحث الحجر على المريض والزوجة : أن للصحيح التبرع بجميع [3] ماله [4] ، وأما الوصية بجميع المال عند عدم الوارث فلا يتمشى في المذهب إلا على القول الشاذ السابق ذكره في الكلام على بند 895 [5] . فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 917 – إذا كان المتبرع به بالهبة أو الوصية ثمرات أو كان مرتبًا مدة الحياة
90/ب فقط وكان يزيد على نصاب / التبرع ؛ كان الورثة الحقيقيون مخيرين في أن يجيزوا القدر الزائد وينفذوا ذلك التبرع وأن لا ينفذوه ، بل يسلموا نصاب التبرع للمتبرع له . راجع بند 910 ، وبند 913 إلى بند 915 ، وبند 949 ، وبند 950 مدني [6] .

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 913 ، 914 ، 915 ، 918 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) السابق 203/1 .

(3) قاعدة : للصحيح التبرع بجميع ماله .

(4) جاء في حاشية الدسوقي (ووقف إلخ) حاصله أن المريض مرضًا مخوفًا إذا تبرع في مرضه بشيء من ماله بأن أعتق أو تصدق أو أوقف فإن ذلك يوقف فإن مات قوم بعد موته ويخرج كله من ثلثه إن وسعه كل إلا أخرج ما وسعه الثلث فقط . وإن صح ولم يمت مضى جميع تبرعه .... (قوله وحجر على الزوجة) أي وحجر الشرع على الزوجة لزوجها لأبيها ونحوه وجاء في الشرح الكبير قوله (ما وإن صح نفذ الجميع) فإن مات من وقف تبرعه لعدم أمن ماله (فمن الثلث) يوم التنفيذ إن حمله وإلا فما حمله لأنه معروف صنعه في مرضه ، وإلا يمت بأن صح (مضى) تبرعه ولا رجوع فيه .... ثم ذكر السبب السادس للحجر وهو الزوجين وعقبه بالخامس لمشاركتها في أن الحجر فيها فيما زاد على الثلث من أنواع التبرعات فقال وحجر (على الزوجة) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 307/3 .

(5) راجع ص 147 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 203/1 .

286 ** من أوصى بأزيد من نصاب الوصية وهو الثلث ثم مات فلوارثه الرد والإجازة ؛ فإن أجاز الورثة ذلك فهو ابتداء عطية لا تنفيذ لوصية الموصي ؛ فلابد من قبول الموصى له وحيازته قبل حصول مانع للمجيز ، وأن يكون المجيز من أهل التبرع . فالبند مناسب للمذهب في الوصية بأزيد من النصاب [1] .

بند 919 – يجوز للواهب أن يتبرع بالنصاب كله أو بعضه بالهبة أو الوصية لأولاده أو لغيرهم ممن يمكن فيما بعد أن يرثه بدون أن يرد الموهوب له أو الموصى له شيئًا إذا صار كل منهما وارثًا ؛ بشرط أن يكون ما تبرع به المورث لوارثه تنفيلا عن غيره ، كأن صرح بعدم الرد .

وبيان كون الهبة أو الوصية من قبيل التنفيل للموهوب له أو الموصى له ، وأنها لا تحسب من نصيبه أن يصرح بأنها لا ترد للتركة ، وذلك التصريح يكون إما في صلب عقد التبرع بالهبة أو الوصية ، أو عقبه في سند آخر على صورة الهبة أو الوصية . راجع بند 843 وما بعده مدني / [2] . 91/أ

287 ** معلوم أن تبرع الصحيح بما شاء يصح للأولاد كلًّا أو بعضًا ، وللأقارب ممن يرثه بعد موته [3] ، ولا مناسبة للبند بالشرع إلا من هذه الحيثية [4] .

الفصل الثاني

« في رد ما زاد عن النصاب في الهبة أو الوصية إلى النصاب » [5]

بند 921 – لا يجوز طلب رد الهبة إلى نصابها إلا من ذوي الحقوق أو ورثتهم

---

(1) قال ابن جزيء المالكي : « الوصية بأكثر من الثلث : إن شاء الورثة أنفذوا الزائد ، أو ردوه » . قوانين الأحكام الشرعية ص 443 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 204/1 .

(3) قاعدة : تبرع الصحيح بما شاء يصح للأولاد كلًّا أو بعضًا . وللأقارب ممن يرثه بعد موته .

(4) أما الوصية للوارث فباطلة ؛ إلا إذا أجازها الورثة ، فإن أجاز البعض ورد البعض الآخر ، نفذت في حق المجيز دون غيره .

الشرح الكبير للدردير 427/4 ، قوانين الأحكام الشرعية ص 443 .

* وكانت الوصية لوارث باطلة ابتداء عملا بما رواه أبو أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حقٍّ حقه ، فلا وصية لوارث » . رواه سعيد وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح .

(5) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 920 ، 922 إلى 925 ، 927 إلى 930 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

أو المنتفعين من ورثتهم ، ولا يجوز للموهوب لهم ولا الموصى لهم ولا أرباب الدين أن يطلبوه ولا أن ينتفعوا منه بشيء . راجع بند 857 وما بعده [1] .

288 ** تقدم ما يناسب هذا الكلام على بند 917 .

بند 926 – إذا فضل الموصى به على النصاب أو على تمام النصاب الباقي بعد خصم قيمة مقدار الهبات كان الرد على سهام الورثة بحسب فروضهم ، ولا فرق في ذلك بين الوصايا المشاعة أو الوصايا الخصوصية . راجع بند 913 ، وبند 1009 ، وبند 2142 [2] .

289 ** تقدم أن الإيصاء بما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة [3] ؛ فإن أجازوا فهو ابتداء عطية ، فلابد من قبول الموصى له وحيازته ، فلو سكت الورثة عن الرد والإجازة واستمر الموصى به في أيديهم واقتسموا ما بقي بعد الوصية ثم ردوا ما زاد فإنهم يقتسمونه بقدر سهامهم ؛ فلأول البند مناسبة بالمذهب .

الباب الرابع

« في أحكام الهبة »

الفصل الأول

« في صورة الهبات » [4]

بند 932 – لا يعتد بالهبة ؛ بأن تكون أحكامها لازمة على الواهب إلا من وقت قبولها من طرف الموهوب له / على وجه التصريح بالقبول ، راجع بند 1078 وما بعده . 91/ب

ويتم قبول الهبة في حياة الواهب بموجب سند معتبر متأخر عن تاريخ الهبة تبقى منه نسخة المسودة محفوظة ؛ وحينئذٍ لا يقع الإلزام وتجري أحكام الهبة عليه إلا من حين علمه بسند القبول الدال على رضا الموهوب له . راجع بند 8094 ، وبند 939 وبند 1085 وبند 1087 [5] .

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 204/1 وما بعدها .

(3) قاعدة : الإيصاء بما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة .

(4) لم يتناول في هذا الفصل البنود 931 ، 938 ، 940 ، 941 ، 943 ، 945 إلى 948 ، 950 ، 951 ، 952 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 207/1 .

290 ⁂ لا تتحقق الهبة إلا بالإيجاب والقبول ، صريحًا أو دلالةً [1] كما صرح به الحطاب عند قول المصنف : « بصيغة » [2] فصدر البند مناسب للمذهب .

بند 933 – إذا كان الموهوب له بالغًا رشده ؛ لزم أن يصدر القبول عنه بنفسه أو بوكيله في خصوص قبول هذه الهبة أو المفوض تفويضًا عامًا في قبول جميع الهبات التي وهبت له أو توهب له .

ولابد أن يكون التوكيل على يد كاتب مأذون ، وأن تبقى صورة سند التوكيل ملصوقة بمسودة نسخة الهبة أو أصل حجة القبول إن كانت مكتوبة على حدتها مفترقة عن الأولى ، راجع بند 488 مدني [3] .

291 ⁂ من أول البند إلى قوله : « ولابد » موافق للمذهب .

بند 934 – لا يباح للمرأة المتزوجة أن تقبل هبة إلا برضا زوجها ؛ فإن امتنع اشترط إذن المحكمة على طبق ما هو / منصوص في بند 217 ، وبند 219 من كتاب 92/أ
النكاح ، راجع بند 940 وبند 942 وبند 1087 [4] .

292 ⁂ انظر إذا خاف الزوج من الهبة لزوجته يخاف العار ، كهبة من يرى الناس أن هبته لم تتمحض للمعروف فهل له منع زوجته من قبول الهبة ؟ الظاهر : نعم دفعًا لما عساه أن يلحقه من العار كما تقتضي ذلك قواعد الشرع ، وقد ذكر الشيخ في شرح المجموع آخر باب الحجر أن للزوج منع زوجته من ضمان الوجه والطلب لادائها ؛ لخروجها من بيتها وفيه معرة ومضرة على زوجها [5] . ففي المنع المذكور تعويل على دفع المعرة ؛ فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 935 – كل هبة لقاصر لم يرخص له في الخروج والإذن بالمعاملات أو للمحجور عليه بسبب آخر لا يجري العمل بها إلا إذا حصل القبول من وليه أو

---

(1) قاعدة : لا تتحقق الهبة إلا بالإيجاب والقبول صريحا أو دلالة .

(2) مواهب الجليل للحطاب 54/6 .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 207/1 .

(5) جاء في حاشية الدسوقي (قوله وهذا) أي التفصيل بين كون المضمون زوجها أو غيره وكون ماضمنته قدر الثلث أو أكثر (قوله في غير ضمان الوجه والطلب) أي وهو ضمان المال (قوله فله منعها) أي وأما هو فله منعها منهما لأنهما يؤديان للخروج والزوج يتضرر بذلك وقد تحبس حاشية الدسوقي 308/3 .

وصيه كما هو منصوص في بند 463 من عنوان القصور والولاية والخروج من الحجر .

وكذلك القاصر الذي رخص له في الخروج من الحجر قبل الرشد ، فلا يباح له أن يقبل الهبة إلا بمعرفة وليه أو وصيه أيضًا .

ولكنْ أب القاصر وأمه سواء ، كان خرج من الحجر أوْ لا قبل البلوغ للرشد .

وكذلك غيرهما من الأصول ولو في حياة أبويه ، لهم أن يقبلوا عنه لمصلحته ما يوهب له ولو لم يكونوا أوصياء أو أولياء . راجع بند 940 ، وبند 942 ، وبند 1087 / [1] . 92/ب

293 ** قال الحطاب : الأسباب الفعلية تصح من المحجور دون القولية [2] ؛ فلو صاد ملك الصيد ، أو احتش ملك الحشيش ؛ بخلاف مالو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية ؛ لا يترتب عليها ملك . اهـ . فعلم منه أن المحجور من سفيه أو صغير ليس له قبول الهبة ، وإنما ذلك لوليه أو وصيه ، وقد ذكر الشيخ أصيل عند قول المصنف في باب الوقف : ولا قبول مستحقه عن شرح اللمع : أن الصبي والسفيه يشترط قبول وليهما [3] في الوقف والهبة والصدقة . فصدر البند موافق للمذهب .

بند 936 – إذا كان الموهوب له أصم أبكم ولكنه كاتب ؛ فله أن يقبل الهبة إما بنفسه بالكتابة أو بوكيله .

فإن كان غير كاتب يلزم أن يكون قبول الهبة بمعرفة قيم بولي بخصوص ذلك بمقتضى القوانين المقررة في كتاب القاصر والولاية والخروج من الحجر . راجع بند 979 مدني [4] .

294 ** قواعد المذهب تقتضي اعتبار إشارة الأخرس وكتابته [5] كما في قول المصنف في اللعان : « وأشار الأخرس أو كتب » [6] ، وقوله في الطلاق : « ولزم بالإشارة المفهمة » [7] . فيصح قبوله للهبة وتوكيله في القبول بالإشارة أو الكتابة ،

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 207/1 وما بعدها .

(2) قاعدة : الأسباب الفعلية تصح من المحجور دون القولية .

(3) جاء في الشرح الكبير قوله (ولا) يشترط (قبول مستحقه) 88/4 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 208/1 .

(5) قاعدة : إشارة الأخرس وكتابته معتبرة .

(6) أي إن كان يحسن الكتابة ، أو يفهم الإشارة (الشرح الكبير على مختصر خليل « المصنف » 464/2) .

(7) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 384/2 .

وقد قالوا : إن صيغة الهبة التي هي عبارة عن الإيجاب والقبول كما مر تكون بما
93/أ يفهمها من قول أو فعل [1] ، ومنه الكتابة والإشارة ؛ فلصدر البند مناسبة بالمذهب / .

بند 937 – الهبات لمارستان أو تكية مثلاً أو لفقراء أهل بلد أو لعمارة خيرية يكون قبولها من طرف ناظر المارستان أو التكية أو شيخ البلد أو مدير العمارة المأذونين بذلك على مقتضى القوانين . راجع 910 مدني [2] .

295 ** إن قال : داري صدقة أو هبة أو حبس للفقراء مثلاً لم يقض عليه ؛ لعدم من يخاصمه ، لكن يجب عليه تنفيذ ذلك فيما بينه وبين الله ، وإن قال : داري صدقة أو هبة أو حبس على زيد قضي عليه بها له ؛ لقصده القربة ، وإن قال داري صدقة في مسجد سماه وعينه ففي القضاء إن امتنع وعدمه قولان ، ذكره المصنف والدردير آخر باب الهبة وأقره الدسوقي [3] . والظاهر أن مثل عموم الفقراء فقراء بلد كذا ، وأن مثل المسجد المارستان والتكية والعمارة الخيرية كالقناطر ؛ مالم يقصد أهل المارستان أو التكية ، فتكون الهبة أو الصدقة لمجهول محصور كما أفاده الشبرخيتي [4] عند قول المصنف في الوقف « أو المجهول » [5] ، وإن حصر فحكمها حكم غير المعين ، وفي صورة الهبة لمعين يكون القبول منه . فالبند يوافق المذهب في نفاذ الهبة لمعين ، ويناسبه في شأن المارستان والتكية والعمارة الخيرية ؛ من حيث التنفيذ فيما بينه وبين الله إن أراد الأهل ، ومن حيث نفاذ ما يدل لها على أحد القولين إن أراد المكان .

93/ب **بند 939** – إذا كانت الهبة في أملاك مرهونة كالعقارات / ومنافعها لزم تقييد

---

(1) جاء في الشرح الكبير (بصيغة) متعلق بتمليك ومراده بها ما دل على التمليك صريحًا كوهبت وملكت بدليل قوله (أو مفهمها) أي مفهم معناها من قول كخذ أو فعل الشرح الكبير 100/4 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 208/1 .

(3) الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 117/4 .

(4) هو أبو إسحاق إبراهيم بن مرعي بن عطية الشبراخيتي ، أخذ عن الأجهوري وبه تفقه ، وعنه أخذ جماعة منهم الشيخ على النوري ، والشيخ إبراهيم الجمني والشيخ حمدي ، المكنى وغيرهم ، له مؤلفات منها : شرح على مختصر خليل ، وشرح على الأربعين النووية ، مات غريقا في النيل وهو متوجه إلى رشيد سنة 1106 هـ (عجائب الآثار 67/1 ، هدية العارفين 36/1 ، شجرة النور الزكية ص 317) .

(5) الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 84/4 وما بعدها .

سند إيجاب الهبة وسند قبولها وسند الإعلان بصيغة القبول الذي يكون معمولًا وحده في قلم الرهنية من الخط الذي يكون به هذه الأملاك ، راجع بند 1069 وما بعده ، وبند 2181 وما بعده [1] .

296 ** إذا لم يرض المرتهن بهبة الرهن لأجنبي وكان الراهن موسرًا ، ووقعت الهبة بعد قبض الرهن والدين مما لا يعجل بقي الرهن للأجل ؛ فإذا قضي الدين بعده دفع الرهن للموهوب له وإلا أخذه المرتهن وبطلت الهبة . ذكره الدسوقي عند قول المصنف في باب الهبة : « وإلا فكالرهن » [2] . فما أفاده البند من صحة هبة المرهون ، إنما يناسب من المذهب هذه الصورة .

بند 942 – لا يرجع للقاصرين أو المحجور عليهم أو الزوجة الحق في الهبة التي فاتتهم بعدم القبول أو بعدم التقييد ، ولا تقبل منهم أعذار ، ولا تسمع لهم دعوى ، وإنما لهم مطالبة الأولياء أو الأوصياء أو الزوج إذا كانوا سببا في سقوط حقهم منها ، ولا موجب لرجوعهم أيضا على أحد ، ولو ثبت إعسار من ذكر . راجع بند 947 وما بعده ، وبند 475 ، وبند 1174 ، وبند 1199 وما بعده [3] .

297 ** القاصر والمحجور عليه ليس لوليهما رد الموهوب الكثير غير التافه كالكسرة والتمرة [4] ، ذكره الدردير عند قول المصنف في الهبة : « بصيغة أو مفهمها » [5] .

94/أ فحينئذٍ لا يفوت كلا منهما / هبة بعدم القبول ، والزوجة الرشيدة إذا ردت الهبة

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 208/1 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي (وإلا فكالرهن) أى وإلا فهبته كرهن الدين وصورته أن يشتري سلعة من زيد بعشرة لأجل ويرهن المشتري عليها دينه الذي له على خالد فيجوز أن أشهد على الرهنية وجمع بين البائع ومن عليه الدين ودفع للبائع ذكر الدين .

وجاء في الشرح الكبير (وإلا) يهبه لمن عليه بل لغيره (فكالراهن) أي فكرهن الدين يشترط في صحته الإشهاد وكذا دفع ذكر الحق أي الوثيقة على قول وقيل هو شرط كمال كالجمع بينه وبين من عليه الدين ولو قال فكرهنه لكان أظهر وشبه به وإن لم يذكره في بابه لشهرته عندهم (و) إن رهنًا أي مرهونًا يصح هبته لأجنبي حيث (لم يقبض) أي لم يقبض المرتهن من الراهن . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 99/4 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 209/1 .

(4) قاعدة : القاصر والمحجور عليه ليس لوليهما رد الموهوب الكثير غير التافه كالكسرة والثمرة .

(5) الشرح الكبير 100/4 .

فهي ملك للواهب فلا قبول لها بعد ذلك ، كما أفاده الشيخ أصيل عن المواق [1] عند قول المصنف : « فإن رد فكمنقطع » [2] . فالبند إنما يوافق المذهب بالنسبة للزوجة الرشيدة حيث لا ترجع الهبة لها متى ردتها .

بند 944 – كل هبة معلقة على فعل شيء منوط إنجازه بمشيئة الواهب فقط فهي باطلة . راجع بند 947 ، وبند 1174 ، وبند 1339 وما بعده [3] .

298 ** إذا وهب شخص داره بالتزام وتعليق كأن قال : إن فعلت كذا فداري هبة لمعين كزيد ، أو لغير معين كالفقراء ، أو وهب بدون تعليق لغير معين كداري هبة للفقراء ؛ لم يقض عليه في الصور الثلاث ؛ لعدم من يخاصمه في غير المعين ، ولعدم قصد القربة في المعين ، لكن في الصورة الأولى قيل : يجب تنفيذ ذلك فيما بينه وبين الله وهو المذهب ، وقيل : إنه مستحب . أفاده الدردير والدسوقي في آخر باب الهبة [4] . فللبند مناسبة بالمذهب في كون الهبة المعلقة على الوجه المذكور لا تنفذ على الواهب في غير الصورة الأولى اتفاقًا ، وفي الصورة الأولى على أحد القولين .

بند 949 – وفي صورة ما إذا شرط الواهب لنفسه التصرف في متاع مبين بعقد الهبة ، أو في مقدار معلوم من إيراد الأموال الموهوبة ، ومات الواهب ولم يتصرف فيه / ؛ كان هذا المتاع أو المقدار المعلوم لورثته ؛ مالم يكن اشترط ما يخالف ذلك . 94/ب
راجع بند 947 ، وبند 3339 وما بعده [5] .

299 ** إذا وهب نخلًا مثلًا واستثنى ثمرتها والسقي على الواهب جاز كما ذكره

---

(1) المواق : هو محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي ، الشهير بالمواق ، أخذ عن جلة من العلماء كأبي القاسم بن سراج ، ومحمد بن عاصم ، والمنثوري ، وعنه أخذ الشيخ الدقون ، وأبو الحسن الزقاق ، وأحمد بن داود ، له شرح على مختصر خليل ، سماه التاج والإكليل وهو في غاية الجودة والتحرير ، توفي في شعبان سنة 897 هـ (شجرة النور الزكية ص 262 ، الأعلام 30/8) .

(2) التاج والإكليل 33/6 . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 209/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير (وإن قال) قائل (داري صدقةٌ) أو حبس ووقع ذلك (بيمين) أي التزام وتعليق كأن قال إن فعلت كذا فداري صدقة (مطلقًا) أي لمعين كزيد أو غير معين كالفقراء (أو) وقع ذلك (بغيرها) أي بغير يمين ولم يعين المتصدق عليه كأن قال : داري صدقة على الفقراء مثلًا (لم يقض عليه) في الصور الثلاث لعدم من يخاصمه في غير معين ولعدم قصد القربة في المعين لكن يجب عليه تنفيذ ذلك فيما بينه وبين اللّٰه سبحانه وتعالى . الشرح الكبير 116/4 ، 117 وكذا في الدسوقي . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 209/1 وما بعدها .

الشيخ أصيل عند قول المصنف في باب الهبة « كهبة نخل إلخ » [1] ؛ فإذا مات الواهب كانت الثمرة لورثته ، لعدم خروجها عن ملكه بالهبة المذكورة .

لم نر للبند مناسبة بالمذهب إلا في هذه المسألة .

الباب الخامس [2]

« في أحكام الوصية »

الفصل الأول

« في أحكام عمومية متعلقة بصورة الوصية » [3]

بند 967 –كل ذي مال له أن يتصرف في ماله كيف شاء بالوصية ، وإما بتوريثه بواسطة الوصية العمومية لإنسان أو بإيصائه على جهة خير أو نحو ذلك . راجع بند 913 وما بعده ، وبند 920 وما بعده ، وبند 1010 وما بعده ، وبند 1014 وما بعده ، وبند 1035 وما بعده ، وبند 1048 وما بعده ، وبند 1075 وما بعده ، وبند 1081 وما بعده وبند 1091 وما بعده مدني [4] .

300 ** لذي المال أن يوصي بثلث ماله فيما يشاء مما يسوغ شرعًا ، وأما إيصاء المالك بعموم ماله وجميعه عند عدم الوارث ؛ فلا يتمشى إلا على القول الشاذ السابق ذكره في الكلام على بند 896 ، وتصح الوصية على جهة الخير كمسجد وتكية وقنطرة ورباط ، وصرف الموصى به في مصالحه من مرمة وحصر وزيت ، وما زاد على ذلك / 95/أ فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحو ذلك ، كما لو لم يحتج لما مر ، احتاجوا هم أم لا . ذكره الدردير في الوصية عند قول المصنف : « ولمسجد » [5] . فللبند مناسبة بالمذهب .

(1) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 109/4 .

(2) لم يتناول المصنف الفصل الثاني وعنوانه في بعض مستثنيات من صحة الهبات وعدم فسخها من الباب الرابع « في أحكام الهبة » بأكمله وبنوده 953 إلى 966 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 968 ، 970 ، 971 ، 973 ، 974 ، 977 إلى 978 ، من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 / في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 215/1 .

(5) علّل الدسوقي صحة الإيصاء لمسجد بقوله : أي لصحة تملك المسجد للوصية ؛ بخلاف الحيوان والحجر مثلًا فلا تصح له . وفي الشرح الكبير وصح الإيصاء (لمسجد) ونحوه كرباط وقنطرة (وصرف ومصالحة) مرمة وحصر وزيت وما زاد على ذلك فعلى خدمته .... الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 426/4 .

بند 969 – تكون الوصية إما بخط الموصي ، أو بسند رسمي ، أو بطريقة سرية . راجع بند 970 ، وبند 980 ، وبند 1001 مدني [1] .

301 ** لا يناسب البند من المذهب إلا ما ذكروه أن للشهود الشهادة حيث أشهدهم بما في كتاب وصيته وقال : أنفذوها وإن لم يقرأه ولا فتح الكتاب ، وتنفذ حينئذٍ ، ولو كانت الوصية بمعنى كتابها عنده لم يخرجها إلى أن مات ، كذا في الدردير أواخر باب الوصية [2] .

بند 972 – ويجب في الوصية التي يكتب سندها بحضور اثنين من المأذونين أن يمليها الموصي بنفسه على أحد هذين الكاتبين فيكتبها من إملائه كما يملى له بلا تغيير ولا تبديل لألفاظه ، فإن لم تكن إلا بحضور مأذون واحد فقط ، فكذلك يلزم أن يمليها الموصي بنفسه على هذا الكاتب ويكتبها ذلك الكاتب بنفسه ، كما يملي الموصي حرفا بحرف ، وعلى كلتا الحالتين : يلزم أن يقرأ الكاتب السند على الموصي بحضور الشهود وينص في السند على استيفاء هذه الشروط بذكر حضور من حضروا الإملاء والكتابة والقراءة والشهادة . راجع بند 975 ، و / 980 و 1001 مدني [3] . 95/ب

302 ** يجب في كل وصية أراد الموصي كتابتها أن تكتب كما يملي من غير نقص ولا زيادة [4] ، والعمدة بعد ذلك على شهادة الشهود كما فيها على وجه ما تقدم .

بند 975 – لا يجوز في الوصية المعقودة بسند رسمي أن يكون أحد من الموصى لهم شاهدا فيها ولا أهلهم ولا أصهارهم إلى الدرجة الرابعة ، والغاية داخلة ، ولا أن يكون من الشهود الكتبة المعاونون الذين يكتبون تحت يد المأذونين ممن يكون عقد الوصية بحضورهم . راجع بند 980 ، و 1001 ما بعده مدني [5] .

303 * من شهد لنفسه بكثير في نفسه شأنه أن يتهم فيه وشهد لغيره بقليل أو كثير في وصية ؛ فلا تصح له ولا لغيره ، كأن يقول أشهد أنه أوصى لي بخمسين دينارًا ، ولزيد أو للفقراء بمثل ذلك أو أقل أو أكثر ، فإن شهد لنفسه بشيء قليل تافه ، وشهد لغيره

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 215/1 . (2) الشرح الكبير للدردير 450/4 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 215/1 وما بعدها .

(4) قاعدة : يجب في كل وصية أراد الموصي كتابتها أن تكتب كما يملي من غير نقص ولا زيادة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 216 .

بقليل أوكثير قبل ماشهد به لهما معا ، كذا في المصنف والدردير من أوائل باب الشهادات [1] وتمامه هناك ؛ فما في البند من عدم جواز شهادة الموصى له بالوصية إنما يناسب المذهب فيما إذا شهد لنفسه بكثير ، سواء شهد لغيره بقليل أو كثير .

بند 976 – وأما إذا كانت الوصية سرية فلابد لمن أرادها أن يكتب علامته
96/أ بخطه على سند الوصية ، سواء / كان كتب هذا السند بيده أو كتبه غيره ، ويجب في سند الوصية أو ظرفه – إن كان له ظرف – أن يكون مطويا مختوما بالشمع أو نحوه ، فإما أن يحضره الموصي مطويًا مختومًا بالشمع للكاتب المأذون ، ولستة أو أكثر من الشهود ، أو يطويه ويختمه بحضورهم ويعلن أن ما في هذه الورقة المطوية المختومة قد أوصى به وأن علامته عليها فقط ، وأنه هو الذي كتبها أو أنها بخط غيره على إملائه ؛ فيعمل الكاتب المأذون سندًا يسمى سند العنوان على ورقة الوصية أو على ظرفها إن كان لها ظرف كما تقدم ، ويلزم أن يكون سند العنوان مشمولًا بعلامتي الموصي والكاتب المأذون وعلامات الشهود المذكورين ، ويلزم إجراء ما تقدم أعلاه على الفور من غير ارتكاب أعمال أخرى ، وفي حالة ما إذا عرض للموصي مانع بعد وضع علامته على سند الوصية منعه من أن يضع علامته على سند العنوان وجب عليه أن يبينه فيها على ما حصل له في هذا الشأن ، ولا يحتاج إلى زيادة الشهود المذكورين للشهادة عليه بإعلانه بمانع وضع إمضائه . راجع بند 969 ، وبند 977 إلى بند 980 ، وبند 1001 ، وبند 1007 ، وبند 1008 مدني ، وبند 196 محاكمات [2] .

304 * يجوز للشهود القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي [3] ، بأن
96/ب يقولوا : نحن نشهد بأنه أوصى بما انطوت / عليه هذه الوصية ، أي الوثيقة وإن لم يقرأها عليهم ولا فتح الكتاب لهم ، ولو بقي الكتاب عنده إلى أن مات بشرط أن يشهدهم بما في كتاب وصيته ، أو يقول لهم : أنفذوه وبشرط أن لا يوجد في الوثيقة محْوٌ ولا تغيير وأن يعرفوا الوثيقة بعينها . ذكر الدسوقي في باب الوصية عند

---

(1) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 4 / 178 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 216 وما بعدها .

(3) قاعدة : يجوز للشهود القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي .

قول المصنف : « ولهم الشهادة وإن لم يقرأه إلخ » [1] فالبند يناسب المذهب في إفادة توقف الشهادة بما في سند الوصية على تمام صيانته وغاية معرفتهم له بعينه .

بند 979 – وفي صورة ما إذا تعذر الكلام على الموصي بأن كان أخرسًا وإنما يحسن الكتابة يجوز له أنه يعمل الوصية السّرية لكن بشرط أن تكون الوصية كلها مكتوبة بخطه ومعلمة بيده ، وأن يحضرها للكاتب المأذون والشهود ، وأن يكتب في أعلى سند العنوان بحضورهم أن هذه الورقة هي ورقة وصية ، وبعد ذلك يلزم الكاتب المأذون أن يكتب سند العنوان وينبه فيه على أن الموصي كتب هذه الكلمات بحضوره أمام الشهود ، ويلزم أيضا أن يعمل هنا بجميع ما هو مقرر في بند 976 . راجع بند 936 ، 970 ، و 1001 مدني [2] .

305 * قواعد المذهب تقتضي اعتبار إشارة الأخرس وكتابته كما تقدم ذلك في الكلام على بند 936 ، فله أن يوصي بالإشارة المفهمة أو بالكتابة ويشهد الشهود بوصيته / على وجه ما ذكر ، بشرط اتصاف الصحيفة بما مر في الكلام على بند 97/أ 976 ، فالبند يناسب المذهب في اعتبار وصية الأخرس بالكتابة [3] .

الفصل الثاني

« في أحكام خصوصية تتعلق بصورة بعض وصايا » [4]

بند 981 – وصايا العساكر وغيرهم من المستخدمين في العسكرية يصح في أي

(1) قال الدسوقي تعليقا على نص المصنف المذكور : « حاصله أن الموصي إذا كتب وصيته بخطه أو أملاها لمن كتبها ، وقال للشهود : اشهدوا على أن ما في هذه الوثيقة وصيتي ، أو على أني أوصيت بما فيها ولم يقرأها عليهم ؛ فإنه يجوز لهم القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي ؛ بأن يقولوا : نحن نشهد بأنه أوصى بما انطوت عليه هذه الوصية أي الوثيقة ؛ وإن لم يقرأها عليهم ولا فتح الكتاب لهم ؛ ولو بقي الكتاب عنده إلى أن مات بشرط أن يشهدهم بما في كتاب وصيته ، أو يقول لهم : أنفذوه ، وبشرط أن لا يوجد في الوثيقة مَحْوٌ ولا تغيير ، وأن يعرفوا الوثيقة بعينها ، كذا قرره شيخنا العدوي » ا . هـ من حاشية الدسوقي 4 / 450 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 217 وما بعدها . (3) قاعدة : وصية الأخرس بالكتابة معتبرة .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 982 إلى 999 ، والبند 1001 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة وكذلك لم يتناول المصنف الفصل الثالث وعنوانه في الإيصاء بالورثة والقيام مقام الوارث وفي الوصايا من حيث هي والبنود 1002 والفصل الرابع وعنوانه في الوصايا العمومية المشاعة وبنوده 1003 إلى 1009 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

بلدة كانت أن تكتب برئاسة بكباشي بيادة أو سواري أو غيره من الضباط العظام وبحضور اثنين من الشهود ، أو تعمل بحضور اثنين من مأموري الحرب واثنين من الشهود ، أو برئاسة واحد من مأموري الحرب بحضور اثنين من الشهود . راجع بند 88 ، وبند 980 ، وبند 982 إلى بند 984 ، وبند 998 وبند 1001 مدني [1] .

306 * تصح الوصية ممن تسوغ منه شرعًا بشهود أو بكتابة على ما سبق ، لا فرق فيها بين جندي وغيره ولا يتوقف ثبوتها على غير ذلك ؛ فللبند مناسبة بالشرع .

بند 1000 – لا تنفذ الوصايا المعقودة في بلاد أجنبية ولا تسري في الأموال التي في بلاد فرنسا إلا بعد أن تقيد في سجل موطن الموصي إن كان له وطن فيها ، وإلا ففي سجل موطن آخر كان يعرف استيطانه قبل سفره من فرنسا ، وفي حالة ما إذا كانت الوصية مشتملة على عقارات في بلاد فرنسا ؛ يلزم أن تكون مقيدة أيضا زيادة على التقييد المتقدم في سجلات محل العقارات ولا يتكرر رسم / هذا التقييد 97/ب
بل يدفع مرة واحدة [2] .

307 * لا يناسب هذا البند إلا ما مر في الكلام على بند 198 وبند 244 فيؤخذ مما سبق هناك أنه لا بأس بتقييد الوصية لما في ذلك من مزيد الضبط .

الفصل الخامس

« فيما يتعلق بالوصية بوصف عمومي » [3]

بند 1011 – الموصى لهم بحق عمومي يلزم أن يطلبوا قبض وصاياهم من الورثة الذين لهم استحقاق في التركة ؛ فإذا فقدوا جميعا وكان ثمة وصي عمومي طلبوا ذلك من الموصى له ويسمى وارثا من طرف الموصي ؛ فإذا فقدوا أيضا فمن الورثة المطلوبين للوراثة بموجب ترتيب عنوان المواريث . راجع بند 723 وما بعده ، وبند 731 وما بعده ، وبند 913 إلى بند 915 مدني [4] .

308 * معلوم أن الموصى له بشيء من التركة سائغ شرعًا يطلبه ممن تحت يده التركة

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 218/1 . (2) السابق 222/1 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1010 ، 1012 ، 1013 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ1 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 225/1 .

سواء كان كل الورثة أو بعضهم أو الوصي أو غير ذلك ، ويستحقه من يده بعد إجراء ما يلزم شرعًا ؛ فللبند مناسبة بالشرع .

الفصل السادس

« في الوصايا الخصوصية » (1)

بند 1014 – كل وصية مطلقة عن قيد الوصي العمومي أو بوصف عمومي توجب للموصى له الخصوصي من وقت وفاة الموصي حقا في الأشياء الموصى بها ، وذلك الحق ينتقل من الموصى له إلى ورثته ومن لهم منفعة في ذلك . راجع بند 724 مدني .

ومع ذلك لا يجوز للموصى له الخصوصي أن يتملك من الأشياء الموصى بها / 98/أ أو يطلب ثمرة الموصى به وربحه وفائضه إلا من يوم طلب استلام ذلك بموجب الحكم الذي ذكرناه في بند 1011 ، ومن يوم تسلم ذلك بالتراضي ممن كان تحت يده . راجع بند 1018 وبند 1038 وما بعده وبند 1153 وما بعده مدني (2) .

309 * غلة الموصى به الحادثة بعد الموت وقبل القبول للموصى له ثلثها فقط بناء على أن المعتبر في تنفيذها أمران : إنفاذها وقت القبول ووقت الموت ، لكن القبول شرط في تنفيذها ، والملك بالموت . ومراعاة الأمرين معا هو المشهور ، وأعدل الأقوال عند سحنون (3) ، فالعبرة بيوم النفوذ وهو يوم القبول ؛ فالغلة قبله وبعد الموت تركة تسري الوصية لثلثها ، ذكره الدسوقي عند قول المصنف في الوصية : « والملك له بالموت » (4) فتحصل أن غلة الوصية جميعها للموصى له بعد القبول (5)، سواء تأخر قبضها عن القبول أم لا ، وأما قبل القبول فإنما له ثلثها على

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1017 ، 1023 ، 1024 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ1 في المقارنة . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 226/1 . (3) المدونة 311/4 ، 312 .

(4) جاء في حاشية الدسوقي : قوله (فالملك له بالموت) وقيل إن الملك له بالقبول ولما ذكر ابن شاس هذا الخلاف ويتخرج عليه أحكام الملك كصدقة الفطر إذا وجبت بعد الموت وقبل القبول وكما إذا أوصى له بزوجته الأمة ومات فأولدها ثم علم فقبل هل تغير أم ولدًا أولا وكالنفقة على الوصية إذا كانت حيوانًا في المدة التي بين الموت والقبول إذا تأخر عنه فعلى الأول تجب زكاة الفطر في المسألة الأولى وتصير الزوجة أم ولد في الثانية وتجب النفقة على الموصى له بالحيوان في الثالثة وعلى الثاني لا تجب زكاة الفطر ولا تصير أم ولد ولا تجب النفقة على الحيوان . حاشية الدسوقي 424/4 .

(5) قاعدة : غلة الوصية جميعها للموصى له بعد القبول .

الأعدل . فالبند يناسب المذهب من حيث إن الغلة للموصى له بعد القبول ؛ لأن الطلب المذكور فيه من قبيل القبول .

بند 1015 – ثمرات الأشياء الموصى بها وإيراداتها وربحها تكون للموصى له من وقت وفاة الموصي ولو لم يطلب ذلك في المحكمة في صورتين ، **إحداهما** : إذا نص / الموصي على ذلك صراحة في وصيته . 98/ب

الثانية : إذا كانت الوصية بفائض بوصف كونه معاشا له مدة حياته . راجع بند 610 ، وبند 1968 مدني وبند 581 ، وبند 582 ، وبند 582 محاكمات [1] .

310 * ذكر الدسوقي قولا غير ما سبق « أن المعتبر في تنفيذ الوصية وقت الموت » ؛ لأن الملك للموصى له بالموت ، ومقتضى كون الملك له بالموت أن الغلة المذكورة كلها للموصى له [2] ؛ فالبند يناسب ما قيل في المذهب في كون الغلة للموصى له من وقت وفاة الموصي بقطع النظر عن التقييد في البند بالصورتين .

بند 1016 – تكون مصاريف طلب تسليم الموصى به محسوبة من جملة التكاليف بشرط أن لا يترتب عليها نقص من الاستحقاقات المشروعة .

راجع بند 913 إلى بند 915 مدني [3] ، وأما مصرف تقييد الأشياء الموصى بها وتسجيلها فإنه يكون على طرف الموصى له ، ومحل ذلك كله ما لم يكن الموصي قد أمر في الوصية بخلاف ذلك ، وإذا تعددت الوصايا جاز تسجيل كل وصية على حدتها إذا كان هذ التسجيل لا حظ فيه لغير الموصى له أو لمن له عليه الحقوق [4] .

311 * تقدم في الكلام على بند 471 أن أجرة توفية الثمن إذا كان مما يكال أو يوزن أو يعد في الإقالة والتولية [5] والشركة على المقال والمولى والمشرك بالفتح ، لا على فاعل / ما ذكر ؛ لأنه فعل معروفا فلا يضر بإلزامه الأجرة ، وكذلك الموصي قد فعل معروفا مع الموصى له ؛ فمتى كان التقييد والتسجيل يتوقف عليه استلام الوصية فلا تضر ورثته بإلزامهم الأجرة ، بل تكون على الموصى له ما لم يكن 99/أ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 226 وما بعدها . (2) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 4 / 424 .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 227 .

(5) التولية : تكون التولية بمعنى الانصراف والإقبال وقد تكون بمعنى التولي . انظر لسان العرب (ولي) (4925) .

الموصي قد أمر بخلاف ذلك فتكون الأجرة حينئذٍ من جملة ما أوصى به ؛ فقول البند : وأما مصرف إلى قوله بخلاف ذلك ؛ موافق للمذهب فيما يظهر متى كان استلام الوصية يتوقف على ما ذكر .

بند 1018 – الأشياء الموصى بها تُسَلَّم مع الأمور التابعة لها بحسب الحالة التي هي عليها عند وفاة الموصي بها . راجع بند 522 ، وبند 526 وما بعده ، وبند 1019 ، وبند 1038 ، وبند 1042 ، وبند 1615 - وبند 1692 مدني [1] .

312 * عقد الوصية بشيء يتناول التابع له [2] كما فصل ذلك في البيوع في أول فصل تناول البناء وشجر الأرض [3] ، ومن ذلك قول المصنف في الوصية : والحمل في الجارية إن لم يستثنه [4] ، ويناسب ذلك ما في الحطاب عند قول المصنف في الوصية : « وإلا فأكثرهما وإن تقدم » ، ونصه : قال في باب الوصايا من معين الحكام « إذا أوصى أن يعطى إناءً فألقى مملوءً دنانير أو دراهم ؛ فإن علم الناس أنه مما يدفع وفيه ذلك أعطي بما فيه ، وإلا أعطي الإناء وحده ، وكذلك لو أوصى بزق / فألقي مملوءً عسلًا أو سمنًا ، دفع له بما فيه ا هـ [5] . 99/ب

وقول البند : بحسب الحالة إلخ مبني على أن الملك للموصى له بالموت وقد مر الكلام على ذلك في بند 1014 وما بعده ، وللمقام تتمة في الدسوقي [6] وغيره . وحينئذٍ فالبند موافق للمذهب .

بند 1019 – من أوصى بعقار ثم أضاف إليه بعض شيء بالوصية بالشراء أو

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 227/1 . (2) قاعدة : عقد الوصية بشيء يتناول التابع له .

(3) قال الدردير تعليقا على قول المصنف المذكور : « (فصل) في بيان أن العقد على شيء يتناول غيره بالتبع (تَنَاوَلَ البناء والشجر) أي العقد عليهما من بيع أورهن أووصية ، وينبغي أن الهبة والصدقة والحبس كذلك (الأرض) التي هي بها (وتناولتهما) أي تناول العقد على الأرض بما فيها من بناء وشجر ، ومحل ذلك إن لم يكن شرط أو عرف وإلا عمل به » الشرح الكبير على مختصر خليل 3 / 170 وما بعدها .

(4) أي ولو أوصى لشخص بجارية وهي حامل دخل الحمل في الجارية الموصى بها ، لأنه كجزء منها ، إن لم يستثنه ؛ فإن استثناه لم يدخل ، ولو وضعته في حياة سيدها لم يدخل في الوصية . الشرح الكبير ومختصر المصنف « خليل » 4 / 433 .

(5) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 6 / 373 .

(6) راجع حاشية الدسوقي 3 / 170 وما بعدها ، 4 / 433 .

غيره فإن تلك الزيادة الطارئة – ولو اتصلت بالأرض – لا تعد جزءًا من الموصى به إلا بسند جديد بإيصاء جديد ، وذلك بخلاف الزخارف والزينة والعمارات الجديدة المصنوعة في الأراضي الموصى بها ، وكذلك الحوش إذا صار توسيع دائره من طرف الموصى له ، راجع بند 118 مدني [1] .

313 * الظاهر أن قول البند بالوصية زيادة لا دخل لها ، والمعنى بعد طرحها ظاهر ، وإذا بنى الموصي الوصية الموصى بها دارًا أو حمامًا أو غير ذلك فلا تبطل الوصية ، واشترك الموصي الباني والموصى له هذا بقيمة بنائه قائما ؛ لأن له شبهة ، وهذا بقيمة عرصته . كذا في المصنف والدردير من باب الوصية [2] ، ومنه يعلم أن الزيادة المماثلة لهذه لا تدخل في الوصية ، فما زاده أيضا من العقار وجعله متصلًا بالدار التي أوصى بها لا يدخل بالأولى إلا بوصية جديدة . ومن أوصى بدار ثم
100/أ جصصها لم تبطل الوصية ؛ فللموصى / له الدار بزيادتها من [3] الجص [4] ، فصدر البند يوافق المذهب إن قطع النظر عن اشتراط السند الجديد ، ويناسب المذهب من عجزه الزينة والزخرفة إذا كانت بالتجصيص ونحوه .

بند 1020 – إذا رهن الموصي العقارات الموصى بها قبل الوصية أو بعدها وكان ذلك الشيء المرهون في نظير دين يخرج من التركة ، أو دين على أجنبي ، أو على أن منفعته وثمرته استحقاق له ؛ فلا يلزم الوارث الذي يدفع الوصية أن يدفع الأموال التي رهنت العقارات عليها ؛ ما لم يكن الموصي قد نص على ذلك . راجع

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 227/1 وما بعدها .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير قوله متى حدث لى (الموت) أو إذا أو متى مت فلفلان في مالي كذا فتصح إن لم تكن بكتاب أو به ولم يخرجه أو أخرجه ولم يرده لا إن استرده (أو بنى) عطف على قوله إن لم يسترده ولا إن بنى الموصى (العرْصة) الموصى بها دارًا أو حمامًا أو غير ذلك فلا تبطل (واشتركا) أي الموصي الباني والموصى له هذا بقيمة بنائه قائما ؛ لأن له شبهة وهذا بتقيم عرصته . الشرح الكبير 429/4 .

(3) الجص : وهو ما يطلى به وهو معرب . انظر لسان العرب (جصص) (630) .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 4 / 430 .

« ولا » تبطل « إن جصص الدار ، أو صبغ الثوب » وإذا لم تبطل « فللموصى له » ذلك الشيء « بزيادته » أي مع ما زاده من جص أو صبغ .

قال الدسوقي : « لأن زيادة هذه الأمور لا تعد رجوعا في الوصية » . حاشية الدسوقي 4 / 430 .

بند 579 ، وبند 610 ، وبند 611 ، وبند 895 ، وبند 1038 ، وبند 1220 ، وما بعده ، وبند 1423 مدني [1] .

314 ** إذا كان الموصى به مرهونا قبل الوصية أو بعدها [2] في دين على أجنبي بأن استعاره الأجنبي ثم رهنه ، فإن وفّى الراهن ما عليه رجع الرهن لربه ، وإلا بيع في الدين ورجع صاحبه ، وهو المعير بقيمته على المستعير يوم الاستعارة ، وقيل يوم الرهن ، أو يرجع بما أدى من ثمنه الذي بيع به في الدين ، قولان [3] ؛ فإن مات الموصي فمعلوم أنه ليس على الوارث دفع الدين وافتكاك الرهن بل على الراهن ، فإن افتكه وإلا بيع ورجع الموصى له بقيمته أو بما أدى من ثمنه ؛ بناء على أن الملك للموصى له / بالموت [4] ، هذا ما يستفاد من قواعد المذهب ؛ فالبند يناسب 100/ب المذهب في رهن الوصية في دين الأجنبي .

بند 1021 – إذا أوصى إنسان لآخر بما لا يملكه فلا تصح الوصية ولا يعتد بها ، سواء كان الموصي عالما بأن ذلك الشيء ليس له أو غير عالم . راجع بند 1423 ، وبند 1599 مدني [5] .

315 * موافقة هذا البند للشرع ظاهرة ضرورية .

بند 1022 – إذا أوصى الإنسان بشيء غير معين الصفة ، فلا يجبر الوارث على أن يعطي ذلك من أجود ما يكون صفة ، كما لا يسوغ له أن يعطيه من أدنى ما يكون صفة . راجع بند 1246 مدني [6] .

316 * من أوصى لشخص بشاة مثلا ولم يكن له غنم حين الوصية حتى مات ، فللموصى له قيمة شاة وسط تعطى له ؛ لأن المتبادر من حاله ذلك ، وقال ابن

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 228/1 .

(2) قال أبو البركات الدردير : « ولا تبطل الوصية برهن لما أوصى به ؛ لأن الملك لم ينتقل ، وخلاصه على الورثة » الشرح الكبير للدردير 430/4 .

(3) مرويان عن الإمام مالك في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 238/3 وما بعدها .

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 424/4 .

(5 ، 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 228/1 .

الحاجب [1] : للموصى له شاة وسط تشترى له من مال الموصي ، والمعتمد الأول ، كذا في الدردير والدسوقي من باب الوصية [2] ؛ فيستفاد من ذلك أنه من أوصى بشيء من نوع وأطلق انصرفت وصيته إلى الوسط ، فالبند موافق للمذهب .

الفصل السابع

« في وكلاء تنفيذ الوصية » [3]

بند 1025 – للموصي أن يوكل من شاء في تنفيذ وصيته ، سواء كان الوكيل في التنفيذ واحدًا أو متعددًا / [4] . 101/أ

317 * البند موافق للمذهب كما أفاده الحطاب مفصلًا عند قول المصنف من باب الوصية : « ووصيى فقط يعم ، إلا أنه عبر محل الوكيل بالوصي ، والأمر سهل لما ذكره الحطاب في المحل المذكور أن الوصي وكيل الميت فسواء قوله في وصيته : إن مت ففلان وصيي ، أو ففلان وكيلي ، وكل وصي وكيل ، وليس كل وكيل وصيًا [5] .

(1) ابن الحاجب هو : أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردي ، الدويني الأصل ، الإسنائي ، المعروف بابن الحاجب ، الفقيه الأصولي اللغوي ، ولد سنة 570 هـ بإسنا من صعيد مصر ، انتقل إلى القاهرة صغيرا وحفظ القرآن الكريم ، ودرس علوم الفقه والأصول ، له تصانيف بالغة التحقيق والإجادة ، منها : مختصره الفرعي ، والمختصر الثاني وسماه : منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل ، ومنها : الكافية في النحو ، والشافية في التصريف وغيرها كثير ، مات سنة 646 هـ بالإسكندرية . (سير أعلام النبلاء 13 / 287 ، مرآة الجنان 4 / 114 ، كشف الظنون 1 / 162 ، شجرة النور الزكية 167) .

(2) جاء في حاشية الدسوقي : قوله (وإن أوصى له بشاة) أي سواء قال من مالي أو أطلق ولا مفهوم للشاة بل مثلها الوصية بعد كعشرة شياه سواء قال : من مالي أو أطلق (قوله تعطى له تلك القيمة) أي ولا يشترى له بها شاة وهذا ما في الموازية واقتصر عليه المواق ، وقال ابن الحاجب : له شاة وسط تشترى له من ماله وكلام المصنف وإن كان ظاهرًا في موافقته لكن يتعين حمله على ما في الموازية بتقدير مضاف كما فعل الشارح لأنه المعتمد . وجاء في الشرح الكبير للدردير : (وإن) أوصى له بشاة مثلًا و (لم يكن له غنم) حين الوصية حتى مات (فله شاة وسطٌ) أي قيمة شاة وسط لا عليه ولا دين تعطى له تلك القيمة . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 440/4 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1027 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 229 .

(5) عبارة الحطاب في هذا المقام هي : « فروع : الأول : إذا قال : إن مت ففلان وكيلي فهذه وصية ، صرح بذلك في نوازل سحنون في كتاب الوصايا ، قال ابن رشد : وهذا كما قال ؛ لأن الوصي وكيل الميت ، فسواء قال في وصيته فلان وصي ، أو إن مت ففلان وكيلي ، وكل وصي وكيل ، وليس كل وكيل وصيا انتهى » . مواهب الجليل للحطاب 6 / 388 .

بند 1026 – للموصي أن يوصي بوضع يد وكلاء التنفيذ على جميع أمتعته ومنقولاته أو بعضها لتكون محجوزة ، ولكن لا تمكث مودعة بين أيديهم إلا سنة ويوما واحدًا من تاريخ موته لتعود على الورثة بعد الإفراج عنها ، إن لم يكن منها تنفيذ الوصية .

فإذا لم يوص لهم بذلك ، فليس لهم حق في طلبه . راجع بند 724 و 1004 و 1006 وبند 1027 مدني [1] .

318 * إذا كان الورثة الكبار البالغون محجورًا عليهم ؛ فللمورث أن يقيم وصيًّا عليهم إلى حصول الرشد [2] ، سواء كان وصي التنفيذ أو غيره كما ذكره الحطاب في المحل المذكور [3] ، فلأول البند إلى قوله : محجوزة مناسبة بالمذهب بقيد كون الورثة محجورًا عليهم ، وكذا قوله آخرا : فإن لم يوص لهم إلخ .

بند 1028 – كل من لا أهلية له في التصرفات والعقود لا يصح له أن يكون وكيلا منفذا ، راجع بند 1169 ، وبند 1030 ، وبند 1124 ، وبند 1990 مدني / [4] . 101/ب

319 * شروط الوصي أربعة : التكليف ، والإسلام ، والعدالة فيما ولي عليه ؛ فلا يصح الإيصاء لخائن أو لمن يتصرف بغير المصلحة الشرعية ، والمقدرة على القيام بالموصى عليه ، فمن لا أهلية فيه للتصرفات الشرعية لا يصح أن يكون وصيًّا في تنفيذ الوصايا ولا غير ذلك [5] . فالبند موافق للمذهب غير أنه عبر بالوكالة وقد علمت الأمر فيها .

بند 1029 – لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تقبل وكالة تنفيذ الوصيّة إلا برضا زوجها . راجع بند 213 ، وبند 1990 مدني .

فإن كانت أموالها منفصلة عن أمواله بموجب عقد الزواج أو بحكم من المحكمة فلها أن تتوكل في ذلك برضا زوجها ؛ فإن امتنع ؛ ذهبت إلى المحكمة واستأذنت وتوكلت في ذلك بموجب ما هو مذكور في بند 217 ، و 219 المذكورين في كتاب النكاح [6] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 229/1 .

(2) قاعدة : إذا كان الورثة الكبار البالغون محجورًا عليهم فللمورث أن يقيم وصيًّا عليهم إلى حصول الرشد .

(3) مواهب الجليل للحطاب 390/6 . (4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 229/1 .

(5) هذه الشروط نص عليها الشيخ خليل « المصنف » في مختصره وعلق عليها الشيخ الدردير ، والدسوقي . راجع تفصيلاتها في الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 452/4 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 229/1 وما بعدها .

320 * للزوج منع زوجته من ضماني الوجه والطلب منعا مطلقا عن التقييد بالزيادة على الثلث لأدائهما [1] ؛ لخروجها من بيتها ، وفيه معرة ومضرة على زوجها [2] ، كذا في شرح الشيخ على المجموع ، فأنت تراه أناط المنع بلحاق المعرة والمضرة ؛ فمتى كان في
102/أ التوكيل المذكور معرة على الزوج فله منعها . فصدر البند موافق للمذهب بهذا القيد / .

بند 1030 – لا يجوز للقاصر أن يكون وكيلًا منفذًا للوصية ولو أذن له بذلك وليه أو قيمه . راجع بند 388 ، و 450 ، و 476 وما بعده ، وبند 480 وما بعده ، وبند 1124 ، وبند 1990 مدني [3] .

321 * البند موافق للمذهب ، كما يعلم من شروط الوصية السابق ذكرها .

بند 1031 – إذا كان بعض الورثة قاصرًا أو محجورًا عليه أو غائبًا ، فإن الوكلاء المنفذين للوصية يختمون عليها في مكان لمنع التصرف فيها . راجع بند 112 ، و 135 ، وبند 388 ، وبند 489 ، وبند 819 وبند 1034 مدني ، وبند 907 وما بعده محاكمات [4] .

ويكتبون بحضور الورثة المظنون إرثهم جرد أموال التركة ، فإن تخلفوا عن الحضور وقت كتابة الجرد وطولبوا من طرف المحكمة بالحضور ؛ فيطلب من هؤلاء الوكلاء بيع المنقولات لأجل سداد الوصية إذا كانت الدراهم غير كافية لدفع الوصايا ، ولابد أن يلاحظوا تنفيذ الوصية على شرط الموصي ، ويجوز لهم إذا حصلت منازعة في صحة الوصية أن يعضدوا صحتها ، وعليهم بمجرد انتهاء سنة بعد وفاة الموصي أن يقدموا محاسبة ما فعلوه في شأن ما هو مأمورون بفعله ، راجع بند 527 إلى بند 542 مدني [5] .

102/ب **322** * معلوم أن الوصي المقام لتنفيذ الوصية ليس له ذلك / إلا على حسب الإيصاء وهو الذي ينازع الورثة وتثبت الوصية بما ذكر عند جحدهم ، كما يؤخذ من قول المصنف في باب الشهادات : وإيصاء بتصرف فيه [6] . وقد فصل المقام شرحه ، فلا يناسب المذهب شيء من البند إلا قوله : ولا بد أن يلاحظوا إلى قوله : صحتها .

بند 1032 – لا ينتقل حق تنفيذ الوصية إلى ورثة ذلك الوكيل المنفذ . راجع بند 2003 ، وبند 2010 مدني [7] .

(1) قاعدة : للزوج منع زوجته من ضماني الوجه والطلب منعًا مطلقًا عن التقييد بالزيادة على الثلث لأدائهما .
(2) حاشية الدسوقي 308/3 .
(3 – 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 230/1 .
(6) الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 187/4 .
(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 230/1 .

323 * هذا البند موافق للمذهب ، كما قد يستفاد من قول المصنف « وإن مات أحدهما أو اختلفا فالحاكم » [1] ، وأفاد الحطاب عدم انتقال حق الوصية إلى ورثة الوصي عند قول المصنف : ووصي فقط يعم [2] .

بند 1033 – إذا تعدد وكلاء تنفيذ الوصية وكانوا جميعا قد قبلوا توكيل تنفيذ الوصية فإنه يكتفى بإدارة واحد منهم عند غيبة الباقين ، وهم جميعا ضامنون ضمانة قوية لما أمنوا عليه من المتاع ما لم يكن الموصي قد فرق وظائفهم ، بأن خص كل واحد بتنفيذ وصية مخصوصة وأمنه على شيء مخصوص ؛ فليس ضامنا إلا لما تحت يده . راجع بند 1020 وما بعده مدني ، وبند 527 إلى بند 542 محاكمات / [3] . 103/أ

324 * من أوصى لاثنين بلفظ واحد ، كجعلتكما وصيين ، أو بلفظين وزمن واحد ، أو زمنين من غير تقييد باجتماع أو افتراق حمل ذلك منه على قصد التعاون ؛ فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو إنكاح أو غير ذلك بدون صاحبه إلا بتوكيل منه ؛ فإن تصرف دونه إنكاح فقد تقدم في النكاح أنه نكاح فاسد .

وإن باع أو اشترى بدون صاحبه وأراد صاحبه رده رفعه للسلطان ، فإن رآه صوابا أمضاه وإلا رده ، أما إن قيد الموصي في وصيته بلفظ أو قرينة باجتماعهما في التصرف أو انفرد كل واحد منهما في التصرف عمل بذلك ؛ فليست وصيته للثاني ناسخة للأولى ، كذا في الدردير والدسوقي [4] والحطاب [5] أواخر باب

---

(1) أي وإن مات أحد الوصيين ، أو اختلفا في أمر كبيع أو شراء أو تزويج أو غير ذلك ؛ فالحاكم ينظر فيما فيه الأصلح ؛ هل يبقى الحي منهما ، أو يجعل معه غيره ؟ راجع الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 4/454 .

(2) مواهب الجليل للحطاب 6 / 388 . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1/ 230 وما بعدها .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير : (و) إن أوصي (لاثنين) بلفظ واحد كجعلتها وصيين أو بلفظين في زمن واحد أو زمنين من غير تقييد باجتماع أو افتراق (محمل على) قصد (التعاون) فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح أو غير ذلك بدون صاحبه إلا بتوكيل منه أما إن قيد الموصى في وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد عمل به ابن عبد السلام ولم يجعلوا وصيته للثاني ناسخة للأول .

وجاء في حاشية الدسوقي قوله (فلا يستقل أحدهما) أي فإن تصرف دونه كان له رده ولو كان التصرف فاسدًا (قوله أو غير ذلك) أي كترشيد (قوله ولم يجعلوا وصيته للثاني ناسخة للأول) بل قالوا : إن قيد باجتماعهما في التصرف أو انفراد كل واحد في التصرف عُمِل بذلك وإن أطلق ولم يقيد ولو كانت كل من الوصيتين عامة وكانا في زمنين حمل على قصد التعاون احتياطا لمال اليتيم . الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي 453/4 ، 454 . (5) مواهب الجليل للحطاب 6 / 397 .

الوصية . ثم إذا حمل على التعاون وحصل منهما تفريط ضمن كل واحد ما تلف مما بيده أو بيد صاحبه كما أفاده الحطاب عند قول المصنف في الوصية : « ولا لهما قسم المال وإلا ضمنا » (1) . وإن انفرد كل واحد بتصرف فليس ضامنا بالتفريط إلا لما تحت يده كما تفيده قواعد المذهب . فالبند موافق للمذهب فيما أفاده من تعدد وكلاء تنفيذ الوصية ، وفي الاكتفاء بإدارة أحدهم لكن بقيد توكيل الباقين ، وفي الضمان المذكور بقيد التفريط ، وفي ضمان كل واحد لما تحت يده عند تفريق الوظائف بقيد التفريط / . 103/ب

بند 1034 – تحسب المصاريف التي صرفها منفذو الوصية في وضع الختوم ، وعمل الجرد ، والمحاسبة ، وسائر المصاريف الأخرى المتعلقة بوظائفهم من التركة (2) .

325 * الوصي قد صنع معروفا فلا يضر بإلزامه شيئًا من المصاريف (3) فيما ذكر ، كما يعلم ذلك مما مر مفصلًا في بند 471 وبند 1016 .

الفصل الثامن

« في فسخ الوصية وبطلانها » (4)

بند 1035 – لا يكون فسخ الوصايا ونقضها كلها أو بعضها إلا بوصية متأخرة ، أو بسند إشهاد على يد بعض الكتاب الموثقين ؛ مشتمل ذلك الإشهاد على التصريح بالبطلان عما كان فعله الموصي قبل ذلك . راجع بند 967 وما بعده ، وبند 970 مدني (5) .

326 * إذا أوصى بشيء معين لزيد ثم أوصى به لعمرو فلا تبطل واشتركا ، إلا أن تقوم قرينة على رجوعه عن الأولى ، وأولى إن صرح كأن يقول : ما أوصيت به لفلان هو لفلان ؛ فإنه يختص به الثاني ، كذا في الدردير عند قول المصنف في الوصية : « واشتركا كإيصائه إلخ (6) ؛ فالبند يوافق المذهب في فسخ الوصايا أو بعضها بوصية متأخرة مع قيام قرينة على رجوعه عن الأولى ، ويناسبه في الإشهاد بالرجوع عما فعله الموصي .

---

(1) السابق 398/6 . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 231/1 .

(3) قاعدة : الوصي إذا صنع معروفًا فلا يضر بإلزامه شيئًا من المصاريف .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1047 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 231/1 .

(6) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 429/4 وما بعدها .

بند 1036 – الوصايا المتأخرة التي لا تفسخ المتقدمة بوجه النص والصراحة لا
104/أتبطل منها إلا ما اشتملت عليه من / الأحكام المنافية للجديدة [1] .

327 ** في الأجهوري [2] عند قول المصنف « كإيصائه بشيء لزيد إلخ » قال في المدونة [3] : وإن أوصى بعتق عبد بعينه ، ثم أوصى به لرجل ، أو وصى به أولا لرجل ثم أوصى به للعتق فالأخيرة تنقض الأولى ؛ إذ لا يشترك في العتيق . وقال أشهب [4] : الحرية أولى قدمها أو أخرها . ا هـ [5] . فما تضمنه البند من أن العبرة بالوصية المتأخرة موافق للمذهب ؛ بقيد عدم ثاني الاشتراك .

بند 1037 – الفسخ الحاصل بسبب الوصية المتأخرة يترتب عليه أحكامه ، ولو كانت الوصية الجديدة المكتوبة لم تزل باقية من غير إجراء ولا تنفيذ لعجز الموصى له لعمومي أو الموصى له الخصوصي على تنفيذها ، أو لامتناع كل منهما على قبضها [6] .

328 * معلوم أنه متى بطلت الوصية المتقدمة بوصية متأخرة فلا أثر للأولى ، ولا حكم إلا للجديدة بأي حال [7] كان [8] ؛ فما أفاده البند موافق للمذهب .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 231/1 . (2) سبقت له ترجمة .

(3) جاء في المدونة « قلت » : أرأيت إن قال الرجل العبد الذي أوصيت به لفلان هو وصية لفلان رجل آخر (قال) : قال : مالك إذا كان في الوصية الآخرة ما ينقص الأولى فإن الآخرة تنقض الأولى فأرى هذا نقضا للوصية الأولى (قلت) وكذلك إن قال : عبدي فلان إن مت من مرضي هذا فهو حر ثم أوصى بذلك العبد لرجل أتراه قد نقض ما كان جعل له من العتق ؟ (قال) إذا قال : عبدي هذا حر ثم قال بعد ذلك : هو لفلان فأراه ناقضًا للوصية وأراه كله لفلان ، وإذا قال : عبدي لفلان ثم قال بعد ذلك : هو حر فإنه أيضًا يكون حرًا ولا يكون لفلان الموصى له به فيه قليل ولا كثير ولا يشبه هذا الذي أوصى به الرجل ثم أوصى به بعد ذلك لآخر ؛ لأن تلك عطايا يجوز أن يشتركا فيها وهذا عتق لا يشترك فيه وهو رأي . المدونة الكبرى 314/4 .

(4) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم ، مفتي مصر ، انتهت إليه رئاسة العلم بمصر بعد موت ابن القاسم ، روى عن الفضيل بن عياض ، ومالك وبه تفقه ، ، وروى عنه : بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين وسحنون وجماعة . توفي بمصر سنة 204 هـ . انظر : سير أعلام النبلاء 323/8 ، العبر 345/1 ، وشجرة النور الزكية 59 .

(5) قول أشهب هذا مبني على أن الوصية الثانية تبطل الأولى ، وأفاد الدسوقي أنه الأظهر لانتقال الاسم . حاشية الدسوقي 429/4 . (6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 231/1 .

(7) قاعدة : متى بطلت الوصية المتقدمة بوصية متأخرة فلا أثر للأولى ، ولا حكم إلا للجديدة بأي حال .

(8) في الشرح الكبير 429/4 وما بعدها أفاد الدردير أن الرجوع عن الوصية الأولى صراحة أو ضمنا يبطلها ، وتكون للثانية ، كأن يقول الموصي : ما أوصيت به لفلان هو لفلان ، فإنه يختص به الثاني . اهـ .

بند 1038 – كل تصرف صادر من الموصي في جميع الموصى به أو في بعضه ولو ببيع مع اشتراط استرداده ثانيا ، أو بمقايضة [1] فإن ذلك يستلزم ضمنا إبطال الوصية بالنسبة لما حصل فيه التصرف ، ولو في حالة ما إذا كان هذا التصرف بعد الإيصاء فاسدًا ، ورجعت أعيان / الأشياء المتصرف فيها ثانيًا إلى الموصي . راجع 104/ب
بند 1018 وما بعده وبند 1659 وما بعده مدني [2] .

329 * تبطل الوصية بالرجوع فيها ؛ وإن عرض [3] ، ويكون بقول كأبطلتها أو رجعت عنها ، أو بفعل مثل بيع لما أوصى به إن لم يشتره بعد ، وعتق وإيلاد أمة موصى بها ، وحصد زرع ، ونسج غزل ، وصوغ فضة ، وحشو قطن ، وذبح شاة ، وتفصيل شقة ؛ فلا تبطل برهن ولا وطء من الموصي ، كذا في المصنف والدردير والدسوقي من باب الوصية . فليس كل تصرف في الموصى به يعد رجوعًا في الوصية [4] ؛ فالبند موافق للمذهب في إبطال الوصية بأصل التصرف فيها ، وفي الإبطال بأصل البيع وبالمقايضة [5] .

بند 1039 – إذا أوصى إنسان لآخر بشيء ولم يعش الموصى له بعد الموصي كانت الوصية لاغية لا يعتد بها . راجع بند 720 إلى بند 722 ، وبند 925 ، وبند 1040 إلى بند 1043 ، وبند 1088 ، وبند 1089 مدني [6] .

330 * في الحطاب عند قول المصنف في الوصية : « وقبول المعين شرط إلخ » فرع : فإن مات الموصى له قبل موت الموصي قال في الوصايا : الثاني : بطلت الوصية ، علم الموصى بموته أم لا . اهـ [7] ، وتمامه فيه فالبند موافق للمذهب .

بند 1040 – كل وصية علقت على حصول حادث غير معلوم ولم يحصل

(1) مقايضة : قايض الرجل مقايضة : عارضه بمتاع وقايضه مقايضة إذا أعطاه سلعة وأخذ عوضها سلعة والقيض : العوض . انظر لسان العرب (قيض) (3795) .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 231/1 .

(3) قاعدة : تبطل الوصية بالرجوع فيها وإن عرض .

(4) مذكور بنصه في الشرح الكبير على مختصر خليل « المصنف » وحاشية الدسوقي 428/4 .

(5) قال الدردير : « وبطلت الوصية برجوع فيها من الموصي ، سواء وقع منه الإيصاء في صحة أو مرض ، بعتق أو غيره ؛ لأنها من العقود الجائزة إجماعًا ؛ فيجوز له الرجوع فيها ما دام حيا » ا . هـ « الشرح الكبير 428/4 » .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 232/1 .

(7) مذكور بنصه عن الإمام مالك في مواهب الجليل للحطاب 6 / 367 .

كما نواه الموصي ؛ فلا يصح تنفيذها إلا / بعد حصول ذلك الحادث المشروط ؛ 105/أ
فإذا مات الموصى له قبل حصول الحادث بطلت الوصية . راجع بند 900 ، و 1168 ، وبند 1169 ، وبند 1175 ، وبند 1183 مدني [1] .

331 * من كان مريضًا أو مسافرًا وقال : إن مت في مرضي أو سفري فلفلان كذا فلم يمت بأن صح من مرضه أو قدم من سفره فإن الوصية تبطل ؛ لأنه علقها بالموت فيهما وهو لم يمت كذا في المصنف والدردير من الوصية [2] ، وانظر الدسوقي [3] ، هذا ما وجدنا للبند به مناسبة .

بند 1041 – إذا حصل المعلق عليه في حياة الموصى له وتأخر تنفيذ الوصية حتى مات ؛ فلا يمنع ذلك من انتقال حق الوصية بعده إلى ورثته . راجع بند 1179 وما بعده ، وبند 1168 ، وبند 1279 ، وبند 1181 ، وبند 1182 مدني [4] .

332 * معلوم أن الموصي إذا مات في مرضه أو سفره في الصورة السابقة قبل موت الموصى له وقَبِلَ الموصى له الوصية فقد ملكها ؛ فإن تأخر تنفيذها إلى موت الموصى له فهي حق لورثته . فالبند موافق للمذهب .

بند 1042 – تبطل الوصية إذا هلكت عينها في حياة الموصى ، راجع بند 617 مدني .

وتبطل أيضا إذا هلك الشيء الموصى به بعد وفاة الموصى بدون تقصير من الوارث ولو كان أخر تسليمها للموصى له وكان لو سلمها للموصى له تتلف أيضا ، فلا يلزم الوارث شيء في هذا التلف / . راجع بند 1020 وبند 1139 وبند 1193 وما بعده وبند 1302 مدني [5] . 105/ب

333 * إن قال الموصي : لفلان ثلث غنمي فمات بعضها ، فليس له إلا ثلث ما بقي ، وإن لم يبق إلا شاة فقط أُعْطي ثلثها [6] ، والاستحقاق كالموت ؛ فإذا استحق بعضها فليس للموصى له إلا ثلث ما بقي ، وإن لم يبق شيء فلا شيء

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 232/1 .
(2) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر المصنف 428/4 .
(3) حاشية الدسوقي 428/4 .
(4 ، 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 232/1 .
(6) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 440/4 .

له [1] كذا في الدردير والدسوقي من باب الوصية ، وهذا في الموت والاستحقاق بعد وجوب الوصية كما يفيده الدردير ؛ فأولى : لو كان ذلك قبلها ، فمن أول البند إلى قوله : من الوارث موافق للمذهب .

بند 1043 – وتبطل أيضا الوصية إذا ردها الموصى له أو لم يكن فيه أهلية لأن يوصّى له بها . راجع بند 725 ، وبند 727 ، وبند 775 ، وبند 784 ، وبند 906 مدني [2] .

334 * ذكر الدسوقي عن قول المصنف في أول الوصية : « وقبول المعين شرط إلخ » أنه لو رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي فليس له قبولها بعد [3] ذلك [4] ، ووصية الكافر للمسلم جائزة بكل شيء يملكه الكافر إلا كخمر وخنزير ؛ لأنه أوصى للمسلم بما لا يصح تملكه له ، فلو أوصى بذلك لكافر لصحت ، وهو ظاهر ؛ لأنه أوصى بها لمن يصح تملكه لها ، ذكره الحطاب أول باب الوصية عن قول المصنف : وكافر إلا كخمر إلخ [5] ، فالبند موافق للمذهب / .

بند 1044 – إذا كانت الوصية لمتعدد قيل لها وصية مَعِيَّة أي وصية هيئة اجتماعية ، وحكم هذه الوصية أنها إذا انحل نصيب البعض رد على الباقي وعال به نصيبه .

والمراد بوصية المعية أن يوصي الإنسان لعدة أناس باعتبار هيئتهم الاجتماعية بدون أن يعين لكل منهم حصة مخصوصة . راجع بند 786 مدني [6] .

335 * في الحطاب عن قول المصنف في الوصية : ولم يلزم تعميم [كقراة] [7] ما نصه :

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (فتموت) والاستحقاق كالموت أي فإذا استحق بعضها فليس للموصى له إلا ثلث ما بقي وإذا استحق كلها فلا شيء للموصى له . حاشية الدسوقي 440/4 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 232/1 .

(3) قاعدة : رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي فليس له قبولها بعد ذلك .

(4) جاء في حاشية الدسوقي قوله (وقبول المعين) أي لغير عتقه وأما العتق فلا يحتاج لقبول (قوله) (قبل موت الموصي) أي ولم يستمر على القبول بعده (قوله حتى لو رد الموصى له قبل موت الموصي) أي ولو كان رده لها حياء من الموصي كما يقع كثيرًا وأما إن ردها بعد موت الموصي فليس له قبولها بعد ذلك . حاشية الدسوقي 424/4 .

(5) محكي بنصه عن بعض علماء المذهب في مواهب الجليل للحطاب 365/6 .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 232/1 وما بعدها .

(7) في الأصل كقراءة ، وعدلت بناء على نص المصنف المذكور في مختصره .
راجع المختصر مع مواهب الجليل 374/6 .

اعلم أن الموصى له إن كان معينا كفلان وفلان ، أو أولاد فلان ويسميهم فلا خلاف أنه يقسم بين الجميع بالسوية ، ومن مات فلوارثه حصته ، ومن ولد لم يدخل ، وإن كان الموصى لهم يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم كقوله : لأولاد فلان أو لإخوتي وأولادهم ، أو لأخواتي وأولادهن ، ونحو ذلك فاختلف فيه على قولين ، فقيل : إنهم كالمعينين ، يقسم بينهم بالسوية ، ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه ، ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل . وقيل : كالمجهولين ، من مات قبل القسم لم يستحق ، ومن ولد استحق ، ويقسم بينهم بالاجتهاد » . اهـ [1] . المراد منه .

فالبند يوافق المذهب فيما إذا أوصى لمن يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم ، فأحد القولين فيهم : إن من مات قبل القسم لم يستحق ، وأنه يقسم بينهم بالاجتهاد ، فنصيب الميت رد على الباقي ، وعال / بهم نصيبهم . 106/ب

بند 1045 – من الوصية المسماة وصية معيّة ، أي وصية هيئة اجتماعية ، أنه إذا أوصى الإنسان لعدة مع بعضهم بشيء لا يمكن قسمته بينهم بدون إتلاف في سند بوصية واحدة ولو تعددت صيغة الوصية لكل من المتعددين في سند واحد . راجع بند 1217 وبند 1218 مدني [2] .

336 * ما يناسب هذا البند معلوم مما ذكر قبل .

بند 1046 – أسباب الفسخ للهبة المقررة في بند 954 ، وبند 955 .

يصح أن يكون العمل جاريًا بها أيضًا في طلب فسخ الوصية . راجع بند 895 ، وبند 956 مدني [3] .

337 * في الحطاب عند قول المصنف : « ووصيي فقط يعم ، لو أوصى بشيء على شرط فلم يوف به الموصى له ، فإنه يرده [4] . قال في معين الحكام في كتاب الوصايا : لو أوصى لأم ولده بوصية على أن لا تتزوج فتوفي ونفذت لها الوصية ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذت » . اهـ [5] . هذا ما وجدنا للبند به مناسبة .

(1) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 374/6 إلى 376 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 233/1 .

(4) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 389/6 .

(5) منقول عن صاحب معين الحكام في المرجع السابق .

الباب السادس

« في تصرفات جائزة في حق أحفاد أسباط الواهب أو الموصي وفي حق أولاد أخوته وهي التصرف بالوقف الأهلي وينقطع شرط الوقف بعد الطبقة الثانية ويصير ملكًا طلقًا » [1]

بند 1048 – النصاب الذي للأبوين حق في التصرف فيه يسوغ لهما أن يتبرعا بجميعه أو بعضه لأحد أولادهما أو كلهم ؛ إما بالهبة أو الوصية ، ويشترطان على
107/أ المتبرع له بذلك أن تبقى هذه الأموال أو الأملاك / وقفا أهليا عليه وعلى ذريته حتى تنتقل إلى أولاده لصلبه ، ومنهم إلى أولادهم ، سواء كان هؤلاء الأولاد والأحفاد والأسباط [2] مولودين بالفعل أو كانوا حملا [3] ، وهذا جائز في أول درجة الحفيدية أو السبطية فقط . راجع بند 894 إلى بند 897 ، وبند 913 إلى بند 915 ، وبند 1045 إلى بند 1074 مدني [4] .

338 * لا يشترط في صحة الوقف التأبيد [5] ؛ فيصح مدة ثم يرجع ملكا [6] ، ويؤخذ منه : أن اشتراط التغيير والتبديل والإدخال والإخراج معمول به ، وفي المتيطية [7] ما يفيد منع ذلك ابتداء ، ويمضي إن وقع . اهـ [8] . والموقوف عليه من هو أهل للتملك موجود أو سيوجد ، كمن سيولد ؛ فيصح الوقف إلا أنه غير لازم بمجرد عقده ، بل يوقف لزومه كغلته إلى أن يوجد فيعطاها ويلزم ، وعلى هذا فللمجلس بيع ذلك الوقف قبل ولادة المحبس عليه كما يأتي في قوله : كعلي ولدي ولا ولد له ، فإن حصل مانع من الوجود كموت ويأس منه رجعت الغلة للمالك أو

---

(1) لم يتناول في هذا الباب البنود من 1050 إلى 1054 والبنود 1056 إلى 1072 والبند 1074 من تعريب القانون المدني الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) الأسباط : جمع السِّبْط وهو ولد الولد وقيل الأسباط خاصة الأولاد والمصاحى منهم وقيل أولاد البنات . انظر لسان العرب (سبط) (1922) .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 233 وما بعدها .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 234 .

(5) قاعدة : لا يشترط في صحة الوقف التأبيد .

(6) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 4 / 87 .

(7) يشير بذلك إلى كتاب النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام للمتيطي ، والمتيطي هو أبو الحسن علي ابن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري السبتي الفاسي المعروف بالمتيطي ، فقيه محقق من أهل فاس ، كتابه يدل على غزارة علم ومزيد ثقة توفي سنة 570 هـ . (شجرة النور الزكية ص 163) .

(8) مذكور بنصه عن المتيطي في حاشية الدسوقي 4 / 87 .

ورثته إن مات . ذكره الدردير والدسوقي [1] . فالبند يناسب المذهب في عدم تأبيد الوقف وفي الوقف على الحمل .

بند 1049 – إذا مات الواهب أو الموصي وكان قد تبرع لواحد أو عدة من إخوته أو أخواته ، إما بالنصاب / كله أو بعضه المأذون فيه كان تبرعه صحيحا بشرط رصد هذه الأموال بعدهم لأولاد صلبهم الموجودين وقت التبرع ، أو الذين كانوا حملًا وقت التبرع ، أي أولاد الأخوة أو الأخوات الذين لهم حقوق ، أي من أهل طبقة واحدة فقط . راجع بند 897 ، وبند 913 إلى بند 915 ، وبند 181 ، وبند 198 مدني [2] . 107/ب

339 * تبرع الواهب فيما يسوغ له هبته بحسب حاله من صحة أو مرض صحيح بدون هذا الشرط ، وكذا فتبرع الموصي لغير الوارث من إخوة أو غيرهم بالثلث فما دونه صحيح بدون ما ذكر ؛ فصدر البند مناسب للمذهب .

بند 1055 – كل من أوصى بوصية على موجب الأحكام المقررة في البنود المتقدمة يجوز له في سند الوصية أو في سند آخر جديد صحيح معتبر أن ينصب وكيلا لتنفيذ تلك الأحكام ، ولا يصح أن يتنازل هذا الوكيل من مأموريته إلا بوجود سبب من الأسباب المقبولة في الفصل الثالث من الباب الثاني فيما يتعلق بالقصور والوصاية والخروج من الحجر . راجع بند 427 وما بعده ، وبند 450 ، وبند 1073 مدني [3] .

340 * أما نصب وكيل تنفيذًا لوصية طبق الأحكام الشرعية فقد تقدم حكمه في الكلام على بند 1025 ، وللوصي عزل / نفسه من الإيصاء في حياة الموصي [4] ، 108/أ وليس له ذلك إذا قبل ثم مات الموصي أو عكسه إلا إذا طرأ له عجز [5] ، كذا في الدردير والدسوقي [6] آخر الباب . هذا ماله مناسبة في الجملة بما ذكر في البند من نصب وكيل التنفيذ وتنازله من مأموريته .

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 4 / 77 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 234/1 .

(3) السابق 235/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير (وله) أي للوصي (عزل نفسه) من الإيصاء (في حياة الموصي) لأن عقدها غير لازم من الطرفين فللموصي عزله بغير موجب . الشرح الكبير للدردير 455/4 .

(5) قاعدة : للوصي عزل نفسه من الإيصاء في حياة الموصي ، وليس له ذلك إذا قبل ثم مات الموصي أو عكسه إذا طرأ له عجز .

(6) جاء في حاشية الدسوقي قوله (فليس له عزل نفسه) أي إلا أن يطرأ له عجز . حاشية الدسوقي 456/4 .

بند 1073 – وكيل تنفيذ الوصية ضامن بنفسه في كل كلية وجزئية فيما يترتب من إهماله في عمله أدنى شيء مما ذكر بخصوص إثبات الأموال ، وبيع الأمتعة ، وتربيح النقديات ، وتسجيل العقارات ، وتقيد الأموال ، وسائر ما يلزم لحفظ الأموال المرصودة للأيلولة والقيام بشؤنها . راجع بند 745 مدني [1] .

341 * يناسب هذا ما مر من الضمان بالتفريط في الكلام على بند 1033 .

الباب السابع

« في تقسيم الأبوين أو الأصول وإن علوا أموالهم في حال حياتهم على أولادهم وأولاد أولادهم » [2]

بند 1075 – للأب أو الأم أو غيرهما من الأصول الحق في قسمة أموالهم على أولادهم وأولاد أولادهم . راجع بند 745 ، وبند 914 ، وبند 1076 إلى بند 1080 مدني [3] .

342 * هذا البند يأتي تفصيل الكلام عليه في البند الذي بعده .

بند 1076 – وهذه القسمة إما بوصف الهبة في حال الحياة أو بالوصية ، وذلك بموجب الأحكام والأصول المقررة في باب الهبات مدة الحياة ، وباب الوصايا / . 108/ب

فأما الأموال التي تقسم بعقد هبة حال الحياة فيشترط فيها أن تكون من الأموال الموجودة عند الهبة . راجع بند 943 ، وبند 1082 مدني [4] .

343 * تقدم في الكلام على بند 916 أن للصحيح التبرع بجميع ماله ؛ فإذا قسم الرجل أمواله على أولاده وأولاد أولاده كلًّا أو بعضًا بطريق الهبة فذلك جائز نافذ متى جرت الهبة مجراها الشرعي ، وأما القسمة بالوصية على من ذكر ففي الأنقروية عن قسمة البزازية قبيل نوع في الدين من الثالث ما نصه : مريض له بنون وبنات قال : اقتسموا تركتي بينكم بالسوية ومات فقسم كذلك وأخذ كل واحد حصته ، لا يملك أحدهم النقض ؛ لأن هذا وصية لبناته ببعض ماله ، وقسمة البنين إجازة منهم فنفذت اهـ ، وقواعد مذهبنا لا تأبى ذلك ، بل تنطبق عليه متى كان

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 239/1 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1078 إلى 1080 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3 ، 4) السابق 240/1 .

الذكور المذكورون من أهل التبرع بأن يكونوا رشداء بلا دَيْن ؛ فبالتسليم والتسلم المذكورين تمت العطية بحصول ما بينهما ؛ وحينئذٍ فقول البند : فأما الأموال إلخ موافق للمذهب ، وصدره مناسب للمذهب للغاية .

بند 1077 – إذا كان الأب أو الجد قد ترك وقت وفاته أموالًا غير داخلة في القسمة فإنها تقسم بين الورثة على موجب أصول الإرث بالفريضة المرعية . راجع بند 815 / وما بعده ، وبند 887 وما بعده مدني [1] . 109/أ

344 ٭ إذا قسم الأب أو الجد على ذريته أموالا بالهبة وبقي له غيرها ومات فمعلوم أنها تقسم بينهم بطريق الإرث بالفريضة الشرعية ؛ فالبند موافق بظاهره للمذهب .

الباب الثامن

« فيما يتعلق بالهبات المشروطة في عقد النكاح للزوجين وما يرزقه الله تعالى من الأولاد في هذا الزواج » [2]

بند 1084 – يصح في الوصية المشروطة في عقد النكاح أن تكون عامة شاملة للأموال الموجودة والتي ستوجد ، سواء كان الموصى به جميع الأموال أو بعضها بشرط أن يرفق مع سند الوصية قائمة مشتملة على ديون الموصي وقت الوصية وما يلزم ؛ ففي هذه الصورة يُخَيَّر الموصى له عند وفاة الواهب في أن يتملك الأموال الموجودة في ذلك الوقت ويفوت ما عداها من أموال الواهب الزائدة التي حدثت فيما بعد ، أو يأخذ الجميع ويلتزم بسداد الديون . راجع بند 943 ، وبند 947 ، وبند 1085 ، وبند 1089 مدني [3] .

345 ٭ إذا قيل : أوصيت له بثلث مالي فالعبرة بماله يوم التنفيذ ، كذا في الدردير عند قول المصنف : « ولوارث كغيره إلخ » [4] ومنه يعلم أن صيغة الوصية وقت الإيصاء شاملة للموجود وما سيوجد ، وكذا على القول بالوصية بجميع المال يعتبر جميعه يوم

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 240/1 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 1081 إلى 1083 ، 1085 ، 1090 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 242/1 .

(4) عبارة الدردير هي : « وكذا إذا قال : أوصيت له بثلث مالي فالعبرة بماله يوم التنفيذ » . الشرح الكبير 427/4 .

التنفيذ ؛ فتكون الصيغة شاملة للموجود وما سيوجد [1] ، فلصدر البند مناسبة بالمذهب .

109/ب **بند 1086** – الوصية عند شرط النكاح للزوجين أو / لمن يتجدد من هذا النكاح ؛ إذا كانت مشروطة بدفع جميع الديون وما يلزم دفعه على التركة ، وإن دفعها يكون على مذكورين من الموصى لهم أو كانت بشروط أخرى يكون تنفيذها معلقا على إرادة الموصي ، فإن الموصى له يكون ملزومًا بتنفيذ هذه الشروط ؛ ما لم يستحسن رفض الوصية وعدم قبولها ، وإذا كان الموصي قد اشترط عند شرط النكاح لنفسه أن يتصرف في شيء من الأشياء الداخلة فيما أوصى به من أمواله الموجودة حال الوصية أو في قدر معين من تلك الأموال وحصلت وفاته من غير أن يتصرف فيه ؛ عد ذلك من الموصى به ؛ وكان ملكا للموصى له أو لورثته ، راجع بند 944 ، وبند 946 ، وبند 1089 ، وبند 1093 مدني [2] .

346 * لا يناسب البند من الشرع إلا ما هو معلوم من أن للإنسان أن يتصرف فيما أوصى به ، ولا يعتبر في الوصية إلا ما وجد يوم التنفيذ [3] .

بند 1087 – لا يجوز الطعن في الوصايا المنعقدة بشرط النكاح لطلب بطلانها احتجاجا بعدم صدور صيغة قبول من الموصى له . راجع بند 932 مدني [4] .

347 * لا يناسب هذا البند من المذهب إلا الوصية بالشرط السابق حكمها عن الحطاب في الكلام على بند 1046 .

بند 1089 – الوصية لأحد الزوجين بموجب منطوق بنود 1082 و 1084 و 1086 المذكورة أعلاه تنفسخ / بموت الموصى له . أو موت ذريته في حياة الموصى . راجع بند 747 ، وبند 1039 ، وبند 1040 ، وبند 1592 مدني [5] . 110/أ

348 * يناسب هذا البند من المذهب ماتقدم في الكلام على بند 1039 عن الحطاب ؛ من بطلان الوصية بموت الموصى [6] له قبل موت الموصي [7] .

---

(1) قاعدة : صيغة الوصية وقت الإيصاء شاملة للموجود وما سيوجد .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 242 وما بعدها .

(3) قاعدة : للإنسان أن يتصرف فيما أوصى به ولا يعتبر في الوصية إلا ما وجد يوم التنفيذ .

(4 ، 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 243/1 . (6) قاعدة : تبطل الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي .

(7) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 367/6 .

الباب التاسع

« فيما يتعلق بالتبرع الصادر من أحد الزوجين للآخر سواء كان عند شرط النكاح أو في أثناء الزوجية » (1)

بند 1091 – يصح للزوجين عند عقد النكاح أن يتواهبا ؛ بأن يهب كل منهما للآخر هبة ، أو يهب أحدهما فقط للآخر ، وأن يتواصيا ؛ بأن يوصي كل منهما للآخر ، أو يوصي أحدهما للآخر فقط ؛ إذا رأيا ذلك حسنًا ، وذلك بموجب الشروط المقررة فيما بعد . راجع بند 931 ، وبند 959 مدني (2) .

349 * من أول البند إلى قوله : حسنا موافق للمذهب .

بند 1094 – للزوج عند شرط النكاح أو في أثناء الزوجية في حالة ما إذا لم يكن له أولاد ولا أولاد أولاد أن يتبرع للزوج الآخر على سبيل التمليك بجميع النصاب الذي يجوز أن يتبرع به للأجنبي ، وزيادة على ذلك يجوز له أن يتبرع أيضا بثمرة ومنفعة جميع الجزء الذي تمنع الأصول التصرف في أعيانه ؛ لإضرار ذلك بالورثة ؛ فيكون ذلك على سبيل الانتفاع بالثمرة فقط . راجع بند 915 ، وبند 1099 مدني (3) .

وفي حالة ما إذا رزق الزوج الواهب أولادًا أو أولاد أولاد بعد ذلك فلا يجوز له أن يهب للزوج الآخر إلا ربع ماله ملكًا طلقًا . وأن يرخص له / الانتفاع بثمرة ربع 110/ب
آخر ، أو أن يتبرع له بالانتفاع بثمرة نصف ماله لا تمليكًا . راجع بند 1098 (4) .

350 * لكل من الزوجين أن يتبرع للآخر بما شاء متى كان أهلا للتبرع (5) ، كما يستفاد ذلك من المختصر وما كتب عليه عند ذكر الحجر على المريض ، والحجر على الزوجة (6) . هذا ما يناسبه صدر البند من المذهب .

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 1093 ، 1094 ، 1095 إلى 1100 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 243/1 وما بعدها . (3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 244/1 .

(5) قاعدة : لكل من الزوجين أن يتبرع للآخر بما شاء ، متى كان أهلًا للتبرع .

(6) فيه نظر ؛ فإن المذهب تقييد التبرع بالثلث فقط . الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي 307/3-309 .

الكتاب الثالث

في العقود والإلزامات من حيث هي

الباب الأول [1]

« في أحكام أولية »

بند 1101 – العقد هو التزام واحد أو أكثر لواحد أو أكثر معقودًا عليه إعطاءً أو منعًا ، فعلًا أو تركًا . راجع بند 1126 مدني [2] .

351 * العقد هو صيغة مخصوصة تفيد التزام واحد أو أكثر كبيع رجلين لعبديهما صفقة واحدة عند انتفاء الجهل بأن دخلا على تساوي العبدين في الثمن، وهذا الالتزام المفاد لواحد أو أكثر كمن اشتروا شيئًا من واحد شركة بينهم ، والملتزم لمن ذكر هو المعقود عليه ، ويكون إعطاءً كما في البيع ، ومنعا كما في عقد المهادنة ، وهي صلح الإمام للحربي مدة على ترك الجهاد والقتال ليس الحربي فيها تحت حكم الإسلام بشروطها المبينة في المذهب ، وفعلا كما في شركة العمل ، واستئجار الغير على فعل كبناء ، وتركا كما في الإقالة ، ومن قبيله ما ذكره الحطاب في الباب الثالث من التزاماته : وهو أن يترك الملتزم له حقا من حقوقه
111/أ لأجل ما التزمه له نحو قول الشخص للحاضنة : إن أسقطت / حقك من الحضانة فلك كذا وكذا ، وكمسألة إعطاء الزوجة زوجها شيئًا على أن لا يتزوج عليها ، وهذا يشبه أن يكون من باب الجعل ، فالبند يوافق المذهب .

بند 1102 – يكون العقد لازمًا من الجانبين إذا التزم كل من العاقدين بشيء للآخر . راجع بند 1184 ، وبند 1325 مدني [3] .

352 * لا يؤخذ هذا البند على عمومه ، بل هو أغلبي كما في البيع والسلم والإجارة ونحو ذلك ، وقد يلتزم كل من العاقدين بشيء للآخر مع كون العقد غير لازم من أحد الجانبين كما في الجعل ؛ فإنه غير لازم من جهة المجعول له [4] كما

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البند 1107 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 246/1 . (4) قاعدة : الجعل غير لازم من جهة المجعول له .

فصل ذلك في المذهب [1] .

بند 1103 – ويكون لازمًا من جانب واحد إذا التزم واحد أو أكثر لواحد أو أكثر بشيء بدون التزام من الجانب الآخر . راجع بند 893 مدني [2] .

353 * إذا صدر البيع بخيار تَرَوٍّ أو نقيصة كان غير لازم من جانب من له الخيار [3] ، بائعًا كانَ أو مشتريًا لازمًا من الجانب الآخر ؛ فإن الالتزام إنما حصل منه . ذكره الحطاب أول باب الخيار [4] . فالبند يوافق المذهب .

بند 1104 – ويكون عقد معاوضة إذا التزم واحد أو عدة بإعطاء شيء أو عمل شيء في مقابلة عوض أو عمل . راجع بند 1582 وما بعده ، وبند 1702 وما بعده مدني / ، فإذا كان العوض غير محقق الحصول وموكولا أمر نجاحه وعدمه للصدفة 111/ب والاتفاق وليس في طوع أحد العاقدين سمي هذا عقد الصدفة . راجع بند 1964 وبند 1965 وما بعده وبند 1968 وما بعده مدني [5] .

354 * هذا يشمل البيع والإجارة ونحوهما من كل ما اشتمل على المعاوضة ، وقد مر مثال العِدَة في الكلام على بند 1101 ، والإجارة بعمل في مقابلة عمل قد أفاد صحتها الشيخ أصيل [6] متى علمت المدة ، ونصه : فرع : رجل أسكن شخصًا داره على أن يسكنه الآخر داره ورضي كل بذلك والتزم كل الرضا به مدة حياته ؛ الجواب : أنه لا يلزم ؛ لأنها إجارة فاسدة ، لكونها إلى مدة غير معلومة . اهـ . فقد أفاد أنه متى علمت المدة جازت الإجارة بمنفعة في مقابلة أخرى [7] ، ومثل ذلك العمل في مقابلة العمل ؛ إذْ لا فرق فيما يظهر ، وقوله : فإذا كان العوض غير محقق الحصول إلخ ، يصور هذا بالجعل على إحضار العبد الآبق [8] ؛ فإن العوض

(1) قال الدردير تأييدًا لذلك : « ... أو أنه اقتصر على الجاعل لأنه الذي يظهر فيه فائدة الالتزام من لزوم العقد بعد الشروع ؛ بخلاف المجعول له فلا يتوجه عليه لزوم قبل ولا بعد ، بل ولا حصول قبول » اهـ . الشرح الكبير 60/4 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 246/1 .

(3) قاعدة : إذا صدر البيع بخيار تروّ أو نقيصة كان غير لازم من جانب من له الخيار .

(4) مواهب الجليل للحطاب 409/4 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 246/1 .

(6) الشيخ أصيل هو أصيل البرديسي ، وقد سبقت له ترجمة .

(7) قاعدة : تجوز الإجارة بمنفعة في مقابلة أخرى متى علمت المدة .

(8) الشرح الكبير للدردير 60/4 .

المجعول موصوف بما ذكر ؛ غير أنه لا يعرف في المذهب تسمية العقد حينئذٍ بعقد الصدفة ، والأمر سهل . فالبند موافق للمذهب .

بند 1105 – ويكون العقد عقد تطوع وغير لازم إذا تطوع أحد المتعاقدين للآخر
112/أ بشيء بطوعه واختياره وابتغاء المعروف . راجع بند 931 وبند 967 وبند 214 مدني / [1] .

355 * هذا لا يؤخذ على عمومه ؛ فإن العارية تلزم متى قيدت مع أنها من هذا القبيل [2] ، وكذلك الهبة والوقف ، فلا يظهر إلا في نحو الوصية ؛ لأنها من العقود الجائزة إجماعا ؛ فيجوز الرجوع فيها ما دام حيًّا .

بند 1106 – ويكون العقد عقد إلزام إذا التزم كل من الجانبين المتعاقدين بعوض أو عمل . راجع بند 1136 مدني [3] .

356 * تقدم قريبًا ما يناسب هذا البند مع الوضوح .

الباب الثاني

« في شروط صحة العقد »

بند 1108 – يشترط في صحة العقود أربعة شروط :

الأول : رضا الجانبين . راجع بند 1109 إلى بند 1122 مدني .

الثاني : أهليتهما للعقد . راجع بند 1123 إلى بند 1125 مدني .

الثالث : علم العاقدين بالمعقود عليه . راجع بند 1126 وبند 1130 مدني .

الرابع : تحقق أن العقد لغرض صحيح . راجع بند 6 وبند 1131 إلى بند 1133 مدني [4] .

357 * هذه الشروط ما عدا الثالث معتبرة في المذهب لكل عقد [5] وأما الثالث

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 247/1 .

(2) جاء في الشرح الكبير 439/3 « ولزمت المقيدة بعمل » كإعارة أرض لزرعها بطنا أو أكثر مما لا يخلف كقمح ، أو يخلف كبرسيم وقصب (أو أجل) كسكنى دار شهر مثلا (لانقضائه) أي ما ذكر ، وهو العمل في الأولى والأجل في الثانية .

– ونقل الدسوقي عن اللخمي أنه إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه . حاشية الدسوقي 439/3 .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 247/1 .

(5) راجع بمعناه في عقد البيع من القوانين الفقهية لابن جزي ص 248 وما بعدها .

فمعتبر غالبًا ؛ فقد نصوا على صحة هبة المجهول كوهبتك ما في جيبي وهما لا يعلمان قدره [1] .

الفصل الأول

« في رضا العاقدين » [2]

بند 1109 – لا يكون الرضا من العاقدين صحيحًا إذا كان مبنيًا على خطأ أو حاصلًا بإكراه أو بتغرير وتدليس . راجع بند 887 ، وبند 1117 ، وبند 1304 ، وبند 1353 ، وبند 1356 ، وبند 1376 ، وبند 2053 مدني [3] .

358 * إن غلط البائع مرابحة على نفسه فأُخْبِر بنقص عما / يشتري به وصدّقه 112/ب المشترى منه في غلطه أو أثبت ذلك هو بالبينة فللمشتري رد السلعة وأخذ ثمنه أو دفع ما تبين أنه ثمن صحيح وربحه ، وإن زاد البائع في إخباره عمدًا أو خطأ كأن يخبر أنه اشتراها بخمسين وكان قد اشترى بأربعين لزم البيع المشتري إن حط البائع الزائد وربحه ، فإن لم يحطه لم يلزم المشتري وخيّر بين التماسك والردّ ، كذا في الدردير عند قول المصنف في فصل المرابحة : « وإن غلط بنقص إلخ » ، وتمامه فيه [4] . ومن شروط لزوم عقد البيع الطوع ؛ فلو أجبر العاقد على البيع جبرًا حرامًا

---

(1) نقل المواق إجماع علماء المذهب على جواز هبة المجهول . انظر التاج والإكليل على مختصر خليل 51/6 ، مواهب الجليل 51/6 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1110 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 248/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير (تأويلان وإن غلط) البائع مرابحة على نفسه فأخبر (بنقص) عما اشترى به (وصُدِّقَ) بالبناء للمفعول أي صدقه المشتري في غلطه (أو أثبت) ذلك بالبينة (رد) المشتري السلعة أي له ذلك وأخذ ثمنه (أو دفع ما بين) أنه ثمن صحيح (وربحه) إن كانت السلعة قائمة (فإن فاتت) بنماء أو نقص لا بحوالة سوق (خير مشتريه) أيضًا (بين) دفع الثمن (الصحيح وربحه و) دفع قيمته في المقوم ومثله في المثلى (يوم بيعه) لأن العقد الصحيح لا يوم قبضه (مالم) تنقص قيمته (عن الغلط وربحه) فلا ينقص عنهما ، ولما جرى في كلامه ذكر الكذب والغش شرع في تبيان حكمهما مع قيام السلعة وفوتها بقوله (وإن كذَبَ) البائع أي زاد في إخباره كأن يخبر أنه اشتراها بخمسين وقد كان اشترى بأربعين وسواء كان عمدًا أو خطأ لزم البيع (للمشتري إن حطه) أي حط البائع الزائد المكذوب (وربحه) فإن لم يحطه لم يلزم المشتري وخيِّر بين التماسك والرد (بخلاف الغش) فلا يلزمه ويثبت له الخيار بين التماسك والرد . الشرح الكبير 168/3 ، 169 .

ليس بحق صح البيع ولا يلزم ؛ وحينئذٍ فيخير البائع إن شاء دفع الثمن للمشتري وأخذ سلعته التي أكره على بيعها ، وإن شاء تركها للمشتري وأمضى البيع ، كذا في الدردير والدسوقي أول باب البيوع [1] . وفي المجموع في باب الطلاق : أن جميع العقود لا تلزم بالإكراه ، وأن المكرَه إن أجاز بعد الإكراه لزم [2] ، وتصرية الحيوان ولو آدميا كأمة لرضاع ، أي ترك الحلب ليعظم الضرع فيظن به كثرة اللبن كالشرط المصرح به ؛ فله الرد بذلك ، وله التمسك ؛ لأنه غرر فعلي ، ومثله تلطيخ ثوب العبد بمداد إن ثبت أن البائع فعله أو أمر به ؛ لاحتمال فعل العبد له دون سيده لكراهة بقائه في ملكه ، وكذا
113/أ صبغ الثوب ليظن أنه جديد ، كذا / في الدردير والدسوقي [3] والحطاب من باب الخيار عند قول المصنف : « وتصرية الحيوان كالشرط » ، وتمامه هناك [4] ، ومن دلّس بأن علم بسلعته عيبا وكتمه ، فالمشتري بالخيار بين الرد ولا شيء عليه ، والتماسك ولا شيء له كما في الدردير وغيره آخر باب المرابحة [5] ، ويعلم تدليسه بإقراره بالعلم مع الكتمان أو ببينة العلم معه ، كما أفاده الدردير عند قول المصنف في باب الخيار : « وتبر مما لم يعلم » [6] فتحصل أن العقد في هذه المسائل صحيح منحل ، فالبند يناسب المذهب من حيث إن رضا العاقدين في هذه المسائل لا ينبى عليه إلزام .

بند 1111 – الإكراه على العقد يبطله ولو كان صادرًا من إنسان أجنبي غير الذي عقد العقد لمنفعته . راجع بند 892 ، وبند 1109 ، وبند 1112 إلى بند 1117 ، وبند 1304 ، وبند 2053 ، وبند 2233 مدني ، وبند 400 جنايات [7] .

---

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير : (لا إن أجبرَ) العاقد عليه : أي على البيع وكذا على سببه وهو طلب مال ظلمًا ولو لم يجبر على البيع على المذهب (جبرًا حرامًا) وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم (ورد عليه) ما جبر على بيعه أو على سببه ولا يفيته تداول أملاك ولا عتق ولا هبة ولا إيلاد بلا ثمن . الشرح الكبير 6/3 .
– وقال الدسوقي : وأما لو أجبر على البيع جبرًا حلالًا كان البيع لازمًا كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة . حاشية الدسوقي 6/3 .

(2) قاعدة : جميع العقود لا تلزم بالإكراه والمكره إن أجاز بعد الإكراه لزم .

(3) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 115/3 ، وما بعدها .

(4) جاء في مواهب الجليل للحطاب قوله (وتصرية الحيوان كالشرط) يعني أن التغرير الفعلى كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلًا يظن به المشتري كمالًا فلا يوجد . مواهب الجليل 437/4 ، 438 .

(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 170/3 ، التاج والإكليل 495/4 .

(6) الشرح الكبير للدردير 119/3 .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 248/1 .

359 ** قد مر أن العقد مع الإكراه صحيح غير لازم ، فالبند إنما يناسب المذهب من حيث عدم لزوم العقد مع الإكراه .

بند 1112 – يكون الإكراه بتهديد لإنسان مميز يتأثر منه عادة ، ويخشى بسببه أن يعرّض نفسه أو أمواله لضرر عظيم عاجل ، ولابد في الإكراه من النظر للسن ، والذكورة ، والأنوثة ، والشرف ، والخسة . راجع بند 1353 مدني / [1] . 113/ب

360 * يتحقق الإكراه بخوف ، مؤلم يحصل له حالا أو في المستقبل ، من قتل أو ضرب وإن قل ، أو سجن ظلما أو قيد ولو لم يطولا ؛ إن كان المكره من ذوي الأقدار ، وأما إن كان من غيرهم فلا يعد إكراها إلا إذا هدد بطول الإقامة في السجن ، أو صفع بكف في قفا لذي مروءة بملاء من الناس ، لا في خلوة ولا لغير ذي مروءة إن قل ، فإن كثر فإكراه مطلقًا ، أو قتل ولده وإن سفل ، أو عقوبته إن كان بارًا ، ويكفي في خوف ما ذكر غلبة الظن بحصوله أو بأخذ ماله أو بإتلافه إن كثر بالنسبة له ، ذكره الدردير والدسوقي في باب الطلاق [2] . ومنه يؤخذ أن الإكراه منظور فيه للشرف والخسّة . فالبند مناسب للمذهب جدا .

بند 1113 – الإكراه الموجب لفساد العقد ليس خاصا بإكراه المتعاقدين فقط ، بل إكراه زوج العاقد وأصوله [3] .

361 * الإكراه يكون بخوف قتل الولد ، وفي عقوبة الولد وقتل الأب قولان ، الأظهر إكراه [4] ، كذا في المجموع ، وغير هؤلاء يُعد أجنبيًا ؛ فلا يتحقق بالخوف عليه إكراه [5] كما أفاده عبد الباقي وأقره البناني ، فقول البند : الإكراه ليس خاصًا بإكراه المتعاقدين مناسب للمذهب من جهة خوف قتل الولد وعقوبته وخوف قتل الأب ، وقوله : بل إكراه زوج العاقد وأصوله إنما يناسب المذهب من جهة خوف قتل الأب .

بند 1114 – إذا وقع للإنسان مجرد خوف من أبيه / أو أمه أو أحد من أصوله 114/أ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 248/1 .

(2) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 2 / 368 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي 1 / 248 .

(4) قال الدردير : « وأما قتل الأب : فقيل : إكراه كالولد ، وهو الظاهر ، وقيل : لا كالأخ » . انظر الشرح الكبير 1 / 368 .

(5) المرجع السابق .

من غير أن يكون فيه إجبار فإنه لا يكفي في فساد العقد [1] .

362 * معلوم أنه لا يتحقق الإكراه بما ذكر ، فالبند مناسب للمذهب في عدم تحقق الإكراه بذلك .

بند 1115 – لا يبطل العقد إذا حصل إقرار بعد انقطاع الإكراه بوجه صريح أو ضمني ، أو بتفويت المدة الطويلة من المكره بدون طلب المكره عليه . راجع بند 892 ، وبند 1117 ، وبند 1304 ، وبند 1338 مدني [2] .

363 * الظاهر أن المراد بالإقرار هنا الإجازة ؛ فيفهم من هذا البند أن عقد الإكراه منحل تلحقه الإجازة ، وأن المراد فيما سبق بفساده انحلاله ، ثم الإجازة بالوجه الصريح ظاهرة ، وبالضمني كالتصرف في الثمن المقوم ، كما إذا باع له دارًا وأعطاه ثمنها دارًا أخرى أو سفينة مثلًا فتصرف في الثمن تصرفا لا يسوغ إلا للمالك فهذا فيما يظهر إجازة لبيع ما أكره على بيعه ، كما يدل لذلك قول المصنف « ينعقد البيع بما يدل على الرضا » [3] ، وقوله في باب الخيار : « ورضى مشتر كاتب إلخ » [4] .

وأما تفويت المدة الطويلة فلا يوجب في المذهب لزوما كبيع المكره ، ففي الحطاب عند قول المصنف : لا إن أجبر عليه جبرا حرامًا ما نصه : « سئل ابن عبد الرحمن [5] عمن اضطره السلطان لبيع سلعته ، وقام بعد سبعة عشر عامًا وأنكر المشتري الإكراه

114/ب فأجاب ، إذا ثبت الإكراه في أمر / لا يلزمه فبيعه غير لازم ، وإن لم يثبت فالبيع له لازم ، وإن ادعى على المشتري المعرفة بذلك حلفه » . البرزلي [6] : ويؤخذ منه أن الضرر لا يجاز ولو طالت السنون ؛ إذا كان أصله ظلمًا [7] . اهـ [8] .

فالبند يوافق المذهب في لحوق الإجازة الصريحة والضمنية لعقد الإكراه ، ولا

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 248/1 . (2) السابق 249/1 .

(3) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 2/3 ، 3 .

(4) جاء في الشرح الكبير (ورضى مشترٍ) رضي فعل ماضي ومشتر فاعل ووصته بقوله (كاتب) الرقيق الذي اشتراه بالخيار وأولى عتقه كلا أو بعضًا ولأجل أو التدبير (أو زوَّج) من له الخيار الرقيق إن كان أمة بل (ولو عبدًا أو قصدًا) بفعل عبد صريح في الرضا كتجريد ما عدا الفرج من الأمة الشرح الكبير 99/3 .

(5) سبقت له ترجمة . (6) سبقت ترجمته .

(7) قاعدة : الضرر لا يجاز ولو طالت السنون إذا كان أصله ظلمًا .

(8) منقول عن البرزلي في مواهب الجليل 251/4 .

يوافقه في لزوم بيع الإكراه بتفويت المدة الطويلة .

بند 1116 – يكون التغرير سببًا موجبًا لفساد العقد إذا تحقق جليا أن الحيل التي عملها أحد المتعاقدين لولاها لما رضي الجانب الآخر بالعقد ، ولا يحكم بمجرد الظن بتغرير ، إذْ الأصل عدمه ، بل لابد من الإثبات واليقين فيه ، يعني لا يكفي في التقرير المظنة ؛ بل لابد فيه من المؤنة . راجع بند 2268 مدني [1] .

364 * المراد بفساد العقد كونه منحلًّا بدليل ما في البند بعده ، وتقدم الكلام على التغرير وحكمه وإثباته في الكلام على بند 1109 .

بند 1117 – إذا كانت العقود مبنية على غلط أو إكراه أو تغرير أو تدليس أو غبن فاحش فلا يبطل العقد في حد ذاته بدون طلب المتعاقدين ، بل للمغرور الحق في طلب فسخه وإبطال ما ترتب عليه طبقا لما هو مذكور في الفصل السابع من الباب الخامس من هذا الكتاب إلى بند 1314 مدني / [2] . 115/أ

365 * * تقدم الكلام على الغلط والإكراه والتغرير والتدليس في الكلام على بند 1109 ، وتقدم حكم الغبن الفاحش في الكلام على بند 891 ، ومما ذكر يعلم مناسبة البند جدًّا للمذهب .

بند **1118** – لا يوجب الغبن فساد العقد إلا في بعض عقود ، أو بالنظر لحال بعض الأفراد ، وسنذكر ذلك في فصل وحده . راجع بند 783 ، وبند 887 ، وبند 890 ، وبند 1079 ، وبند 1305 ، وبند 1306 ، وبند 1313 ، وبند 1314 ، وبند 1674 ، وبند 1675 وما بعده ، وبند 2052 مدني [3] .

366 * المراد بالفساد : الانحلال كما يعلم من البند قبله ، وقد مر الغبن الذي ينحل به البيع في الكلام على بند 891 ، فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 1119 – لا يجوز غالبًا أن يعقد إنسان عقدًا باسمه إلا إذا كان لنفسه حقيقة . راجع بند 1165 ، وبند 2236 ، وبند 2014 مدني [4] .

367 ** قال الدسوقي عن قول المصنف في البيوع وملك غيره على رضاه ما نصه : « وأما القدوم على بيع الفضولي فقيل بمنعه ، وقيل بجوازه ، وقيل بمنعه في العقار

(1 – 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 249/1 .

والجواز في العرض » . اهـ [1] .

وفي الأجهوري عند قول المصنف ما ذكر نقلا عن القرافي : المشهور أن بيع الفضولي وشراءه حرام [2] . وفي الحطاب عند قول المصنف ما ذكر ما نصه / : 115/ب « السابع لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي ، وحكمه كبيعه » قال في المتيطية : « ومن باع سلعة لغيره بغير إذنه فإن البيع منعقد ، ولا يكون للمبتاع أن ينحل عنه إذا أجاز ذلك ربها ، وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه ؛ فلا يكون للبائع حل الصفقة إذا أخذها المبتاع لنفسه » اهـ . فإن لم ينجز الشراء لزمت السلعة المشتري الفضولي . اهـ [3] . وتمامه فيه . ويظهر أن مثل بيع الفضولي وشرائه في حكم القدوم على ذلك سائر عقوده ؛ وحينئذٍ فقول البند : لا يجوز أن يعقد إلخ يتمشى على القول المشهور ؛ غير أنا لم نجد في المذهب محلا للتقييد بقوله غالبا .

بند 1120 – ومع ذلك فيمكن أن يعقد الإنسان بالتوكيل عن أجنبي ويتعهد قبوله وإقراره للعقد وأنه عند عدم القبول والرضا يتعهد بما ينتج عن عدم الرضا من الخسارات . راجع بند 1142 مدني [4] .

368 * المراد فيما يظهر بعقد الإنسان بالتوكيل عن أجنبي كون ذلك من نفس العاقد بوصف كونه فضوليًا ، فالمراد بإقراره للعقد إجازته . وفي الحطاب عند قول المصنف : وملك غيره على رضاه ، هل يدخل المبيع في ضمان المشتري في بيع الفضولي أم لا ؟ ظاهر كلام ابن رشد [5] في شرح أول مسألة من كتاب النذور أنه

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (ووقف ملك غيره) تكلم المصنف على حكم بيع الفضولي بعد الوقوع وأما القدوم عليه فقيل بمنعه ، وقيل بجوازه وقيل بمنعه في الجواز في العروض . حاشية الدسوقي 12/3 .
والمشهور في المذهب أن بيع الفضولي لو وقع موقوف على إجازة المالك ؛ فإن أجازه لزم ، وطالب الفضولي فقط بالثمن ؛ لأنه بإجازته بيعه صار وكيلا له ، وإن لم يجزه لم يلزم ، فهو منحل من جهة المالك عند عدم الإجازة . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 12/3 .

(2) جاء في كتاب الفروق للقرافي في الفرق الخامس والثمانين بعد المائة بين قاعدة ما يجوز بيعه وقاعدة مالا يجوز بيعه قوله (الشرط الخامس) أن يكون الثمن والمبيع مملوكين للعاقد والمعقود له أو أقيما مقامه فهذه شروط في جواز البيع دون الصحة لأن بيع الفضول وشراءه محرم . الفروق 240/3 ، وقد نقله الحطاب في المواهب 270/4 .

(3) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 272/4 . (4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 249/1 وما بعدها .

(5) المراد به ابن رشد الجدّ ، وقد سبقت له ترجمة .

يدخل في ضمانه . اهـ . وتمامه فيه [1] . ثم ذكر ما مر من أن حكم شراء الفضولي كبيعه ؛ فيفهم منه / أن الضمان قبل إجازة من اشترى له من المشتري ، كما أنه في 116/أ بيعه كذلك ، وربما يؤيد ذلك قول الحطاب كما مر : فإن لم يجز الشراء لزمه إلخ ، فإن نفي الإجازة صادق بعدم تحقق شيء من إجازة ورد فالبيع لازم على كل حال ، وحينئذٍ فلا وجه لضمان البائع ، فللبند مناسبة ظاهرة بالمذهب .

بند 1121 – إذا عقد أحد عقدًا لنفسه مع آخر واشترط فيه على نفسه منفعة المعقود عليه لثالث ، كما يجوز أن يشترط ذلك لنفسه سواء كان ذلك الشرط بمقابل أو بدون مقابل ، فلا يجوز للعاقد المشترط الرجوع في الشروط بعد قبول الإنسان الثالث المشروط له ذلك ، لما رأى له فيه من المنفعة لنفسه ؛ فإن لم يقبله بطل الشرط كما إذا وهب زيد لعمرو ألف درهم رأس مال بشرط أن يعطي فائضها لخالد ، فإن قبلها خالد فلا رجوع لزيد فيها . راجع بند 1134 ، وبند 1168 وما بعده ، وبند 1277 ، وبند 1973 ، وبند 2014 مدني [2] .

369 * في التزامات الحطاب من الباب الأول يصح التزام المجهول ؛ لأنه كالهبة ، وهبة المجهول [3] صحيحة [4] . قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب [5] من كتاب القراض : ولو شرطا الربح لغيرهما جاز . قال ابن عبد السلام [6] : وهل يلزمهما الوفاء بذلك إن كان المشترط له ذلك معينا ؟ فأصل المذهب / أنه يلزم 116/ب الوفاء ويُقضى به على الملتزم إن امتنع [7] ، وعلى ما في المَوَّازِيَّة [8] ينبغي أن

(1) تمام كلام ابن رشد كما نقل الحطاب عنه هو : « ... فإنه قال فيمن اغتصب عبدا وباعه وأعتقه المشتري ، ثم استحقه سيده أنه إن أجاز البيع نفذ عتق المشتري فيه ؛ لأن البيع كله لم يزل جائزا من يوم وقوعه ، وإن لم يجزه وأخذ عبده انتقض العتق » . (مواهب الجليل للحطاب 271/4) .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 250/1 .

(3) قاعدة : هبة المجهول صحيحة .

(4) مواهب الجليل للحطاب 51/6 .

(5) سبقت له ترجمة .

(6) ابن عبد السلام : هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري المنستيرى ، نسبة إلى المنستير ، بين المهدية وسوسة بإفريقية ، قاضي تونس الشهير ، من آثاره : شرح تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب ، توفي سنة 749 هـ . الديباج المذهب ص 336 ، شجرة النور الزكية ص 210 .

(7) هذا هو مشهور مذهب المالكية . راجع البيان والتحصيل لابن رشد « الجد » 319/15 طبعة دار الغرب الإسلامي : بيروت .

(8) كتاب لابن المواز : من أجل كتب المالكية ، وابن المواز هو : محمد بن إبراهيم الإسكندري المعروف بابن =

يقضى . قال خليل : والمشهور مذهب المدونة ؛ لأن فيها : إذا اشترط المتقارضان عند تعاملهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك ، ولا أحب لهما الرجوع فيه ، ولا يقضى بذلك عليهما . وفي كتاب الشركة من المدونة : أن الرجل إذا قال للرجل : لك نصف ما أربح في هذه السلعة لزمه ذلك وله طلبه بذلك ما لم يفلس أو يمت اهـ . فالبند يناسب المذهب من حيث إن المتقارضين إذا اشترطا في عقد القراض الربح لثالث جاز ولزم ويقضى له بما اشترطاه [1] .

بند 1122 – من عقد عقدًا فإنه يعتبر كأنه يعقد باسم نفسه أو ورثته أو من لهم حقوق ومصلحة مع من ذكر ، ما لم يصرح في العقد بما ينافي ذلك ، أو كان جنس المعقود عليه لا يصلح لذلك . راجع بند 724 ، وبند 1166 مدني [2] .

370 * معلوم أن من عقد عقدًا بشراء شيء فقد ملكه ويورث عنه ، وقد تعلق بما يشتري حقوق ومصلحة لأناس مع من ذكر كخدمة ورقيق ، وقد يصرح في العقد بما ينافي الإرث كما في العمري مدة حياة المعمَّر بالفتح ، كما فصل ذلك في باب الهبة . وقد يكون المعقود عليه لا يصلح للإرث ، كما في عقد حق الوصية ، فإن الحق المذكور لا ينتقل إلى ورثة الموصي ، كما تقدم في الكلام على بند 1032 .
117/أ فللبند مناسبة واضحة بالمذهب / .

الفصل الثاني

« في أهلية الجانبين المتعاقدين للعقد »

بند 1123 – يصح العقد من كل إنسان مالم تفقد فيه أهلية العقد المشروطة بالأصول . راجع بند 1108 ، وبند 1925 مدني [3] .

371 * معلوم أن كل عقد يصح ممن كان متأهلًا له شرعًا . فالبند مناسب للشرع جدًّا .

= المواز ، ألف كتابا كبيرًا في الفقه سماه بالموازية ، وهو من أجل مؤلفات المذهب المالكي وأوعاها بفروعه ، ولد في رجب سنة 180 هـ ، وتوفي في دمشق سنة 269 هـ . راجع : الديباج المذهب ص 232 ، شذرات الذهب 177/2 ، شجرة النور الزكية ص 68 .

(1) قاعدة : المتقارضان إذا اشترطا في عقد القراض الربح لثالث جاز ولزم ويقضى له بما اشترطاه .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 250/1 .

بند 1124 – فلا يصح عقد المذكورين أدناه :

الأول : القاصرون . راجع بند 388 مدني .

الثاني : المحجور عليهم . راجع بند 489 ، وبند 499 ، وبند 513 مدني .

الثالث : النساء المتزوجات في الصور التي منعن منها . راجع بند 217 ، وبند 218 ، وبند 219 ، وبند 1449 ، وبند 1538 مدني .

الرابع : جميع من كان محجورًا عليه بالمحكمة في بعض عقود خصوصية . راجع بند 25 وبند 450 وبند 1596 مدني [1] .

372 * لولي المميز صغيرًا كان أو بالغًا سفيها الإجازة والرد في التصرفات المالية التي خرجت على عوض ، وأما التبرعات فيتعين عليه ردها [2] ، ذكره الحطاب عند قول المصنف في باب الحجر : « وللولي رد تصرف مميز » [3] . فأفاد أن عقود المعاوضات من القاصر والمحجور عليه لسفه صحيحة غير لازمة ، وفي التبرعات باطلة ، وأما المحجور عليه لجنون فعقوده باطلة كما هو واضح [4] . والزوجة إذا تبرعت بزائد عن الثلث لغير زوجها فالتبرع صحيح موقوف ، فللزوج رده وإمضاؤه [5] . والمفلس بالمعين الأخص وهو حكم / الحاكم بخلع ما بيده لغرمائه 117/ب
بالشروط المعلومة في المذهب ، أو بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء يمنع من التصرف المالي لبيع ، وشراء ، وكراء ، واكتراء ولو بغير محاباة [6] ؛ فإن وقع منه التصرف المالي فقيل : لا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء [7] ، وقيل : يبطل [8] .

ذكره الدردير والدسوقي عند قول المصنف في باب الفلس : « فمنع من تصرف مالي » [9] ،

---

(1) المرجع السابق 250/1 وما بعدها .

(2) قاعدة : لولي المميز صغيرًا كان أو بالغًا سفيها الإجازة والرد في التصرفات المالية التي خرجت على عوض ، وأما التبرعات فيتعين عليه ردها .

(3) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 60/5 .

(4) وذلك لسقوط تمييزه ، وذهاب رأيه . (التاج والاكليل 57/5) .

(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 308/3 وما بعدها .

(6) خلافا لمن قيده بالمحاباة ؛ لأنها من التبرع وهو يمنع منه بمجرد الإحاطة بماله . الشرح الكبير للدردير 265/3 .

(7) هذا هو المستحسن في المذهب . (حاشية الدسوقي 265/3) .

(8) هذا لابن عبد السلام من علماء المذهب . (المرجع السابق) .

(9) جاء في الشرح الكبير : ولما كان للحجر أحكام أربعة : منع المفلس من التصرف المالي ، وبيع ماله ، =

فالبند يناسب المذهب في عدم لزوم عقد المعاوضة من المميز المحجور عليه مطلقًا ، وتبرع الزوجة فيما زاد على الثلث ، وعقد المفلس على أحد القولين ، ويوافقه في عقد التبرع من المحجور عليه المميز ، وفي عقد المجنون مطلقا والمفلس على القول الآخر .

بند 1125 – القاصر والمحجور عليه والنساء المتزوجات لا يطعن بفساد العقود الصادرة منهم استنادًا على عدم أهليتهم للعقود إلا في الصور التي نص عليها القانون ، ولا يصح أيضا لمن عقد مع القاصرين أو المحجور عليهم أو المرأة المتزوجة عقدًا أن يطلب بطلانه اعتمادا على عدم أهلية من ذكر [1] .

373 * لا كلام في تصرف المحجور عليه من صغير أو سفيه ، ولا في تبرع الزوجة بزائد الثلث لغير الزوج إلا للولي والزوج دون غيرهما كما يعلم مما مر ؛ فللبند مناسبة للمذهب .

الفصل الثالث

« في الغرض من العقد وفي جزئياته »

118/أ **بند 1126** – كل عقد لابد له من غرض مقصود / بالذات من العقد ، وذلك الغرض هو ما التزم أحد المتعاقدين بتسليمه للآخر ، أو ما التزم بفعله أو عدم فعله . راجع بند 1101 ، وبند 1108 ، وبند 1136 وما بعده ، وبند 1142 مدني [2] .

374 * معلوم أن القصد بالعقد هو المعقود عليه من عوض ومعوض [3] ، سواء كان أحد الأمرين ذاتًا أو منفعة أو أمرًا متبرعًا به أو فعلا كما في شركة العمل ، أو عدم الفعل كما في عقد المهادنة السابق ذكره في الكلام على بند 1101 ؛ فالبند يوافق المذهب .

بند 1127 – العقد على انتفاع بعين أو مجرد حيازتها يكون هو غرض العقد كالعين نفسها كما ذكرناه في البند السابق . راجع بند 578 ، وبند 625 ، وبند 636 ، وبند 1709 ، وبند 1713 وما بعده ، وبند 2228 مدني [4] .

= وحبسه ، ورجوع الإنسان في عين شيء شرع في بيانها وأشار لأولها بقوله (فمنع) المفلس بالمعنى الأخص (من تصرف مالي) كبيع ، وشراء ، وكراء ، واكتراء ولو بغير محاباة خلافًا لمن قيده بالمحاباة لأنها من التبرع . وجاء في حاشية الدسوقي : قوله (من التصرف المالي) أي وأما من التبرعات فهذا يحصل بمجرد إحاطة الدين بماله . الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي 264/3 ، 265 .

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 251/1 .

(3) قاعدة : القصد بالعقد هو المعقود عليه من عوض ومعوض .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 251/1 .

375 * العقد على انتفاع بعين كوقف العين على زيد المعين والعقد على مجرد حيازتها كالإيداع ، وكل من الوقف والإيداع هو غرض العقد ، كما أن تملك العين يكون غرض العقد كما مر ؛ فالبند موافق للمذهب .

بند 1128 – لا يصح أن يكون غرضا للعقد إلا ما تصح فيه المعاملات والتجارات . راجع بند 538 ، وبند 540 ، وبند 650 ، وبند 714 ، وبند 1303 ، وبند 1598 ، وبند 2226 مدني [1] .

376 * قد تقدم ما هو عرض العقد بنوع تفصيل ، وفي البند مناسبة / للمذهب . 118/ب

بند 1129 – يشترط فيما كان غرضا للعقد أن يكون معلومًا ولو من بعض الوجوه ، ولا يضر جهل القدر ، فيكفي علم الجنس ما دام الجنس معينا .

راجع بند 1131 ، وبند 1101 ، وبند 1108 ، وبند 1126 [2] .

377 * اشتراط كون المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا أن يكون معلوم التفاصيل [3] ، ولا يضر الجهل بالجملة فقط كصُبْرة بتمامها مجهولة القدر كل صاع بكذا [4] ، وكذا يضر الجهل في الإجارة [5] ، فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 1130 – يصح العقد على أشياء تتجدد في المستقبل ويصح التزامها ، ومع ذلك لا يصح أن يسقط إنسان حقه من الميراث في حياة مورثه ، ولا أن يتصرف بالعقد في شيء من الميراث قبل أيلولته إليه بموت المورث ، ولا رضا المورث بذلك . راجع بند 6 ، وبند 791 ، وبند 1172 ، وبند 1389 ، وبند 1060 مدني [6] .

378 * كتب العدوي [7] أن الشيخ زين الدين الجيزي [8] أفتى بأن من التزم أن ما يبنيه في المحل الفلاني فهو وقف ، ثم بنى فيه فيلزمه ولا يحتاج لإنشاء وقف

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 251/1 . (2) السابق 251/1 وما بعدها .

(3) المعقود عليه (الثمن والمثمن) يشترط في كل واحد منهما أربعة شروط ، هي : أ – أن يكون معلومًا . ب – طاهرًا . جـ – منتفعًا به . د – مقدورًا على تسليمه . راجع : قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص 249 .

(4) قال الدردير : « وأما إن تعلق الجهل بالجملة فقط وعلم التفصيل فلا يفسد البيع ، كبيع صُبرة بتمامها « أي كومة » مجهولة القدر كل صاع بكذا » . الشرح الكبير 15/3 .

(5) قوانين الأحكام الشرعية ص 279 وما بعدها . (6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 252/1 .

(7) هو الشيخ علي الصعيدي العدوي ، وقد سبقت له ترجمة .

(8) هو أحمد بن محمد الجيزي المصري ، إمام فقيه ، أخذ عن الناصر اللقاني ولازمه نحوا من أربعين عاما وانتفع به ، توفي سنة 977 هـ . شجرة النور الزكية ص 280 .

لذلك . ذكره الدسوقي أول باب الوقف وتمامه فيه [1] .

وفي الباب الأول من التزامات الحطاب قال مالك في كتاب الحمالة من المدونة :
119/أ وإن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن لما يقضي / به لفلان على فلان وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما غائب لزمه ما أوجبه على نفسه من الكفالة والضمان ؛ لأنه معروف ، ومن أوجب المعروف على نفسه لزمه [2] . اهـ . وأفاد الحطاب في خاتمة الالتزامات أن الواهب إذا وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه [3] بلا خلاف ، وإن وهبه في حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه على الأقوى ، وقيل بعدم اللزوم ، وإن وهبه في حال صحته فقولان باللزوم ، وعدمه ، وتفصيل المقام هناك [4] . ومن أبرأ فلانا مما له جهته أو من كل حق أو أبرأه وأطلق بريء مطلقًا من الحقوق المالية ، كديون المعاملات والقرض والقراض والودائع والرهون والميراث ، كذا في الدردير والدسوقي آخر باب الإقرار [5] ، ولم يحك الدسوقي خلافًا في الميراث ؛ فالإبراء [6] والإسقاط بعد الموت كالهبة بعد الموت ؛ فيظهر أن يكون الإسقاط قبل الموت كالهبة قبله لا سيما وقد مر عن الدسوقي في الكلام على بند 896 أن سائر التبرعات كالشيء الواحد ثم رأيته في الالتزامات من الخاتمة ذكر نظما حكى فيه قوليه باللزوم وعدمه فيمن أسقط الإرث أو أجاز الوصية لوارث بصحة مورثه ؛ وحينئذٍ فالبند يوافق المذهب في العقد
119/ب على المتجدد في المستقبل وصحة التزامه ، ويناسبه في عدم لزوم إسقاط الحق / من الميراث في حياة المورث بناء على القول بعدم لزوم ذلك كما في النظم وكما هو في الهبة حال المرض ، ويناسبه أيضا في عدم لزوم التصرف بعقد الهبة في الميراث قبل موت المورث على القول بذلك ، وفي بطلان التصرف بالبيع ونحوه فيما ذكر .

الفصل الرابع

« في سبب العقد »

بند 1131 – كل عقد لا سبب له ، أو له سبب فاسد ، أو سبب محظور فهو باطل

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله : من ذلك ما كتبه الشيخ زين الجيزي أفتى بأن من التزم أن ما يبنيه في المحل الفلاني فهو وقف ثم بنى فيه فيلزمه ما التزمه ولا يحتاج لإنشاء وقف لذلك . حاشية الدسوقي 76/4 .

(2) قاعدة : من أَوْجَبَ المعروف على نفسه لزمه .

(3) قاعدة : الواهب إذا وهب ميراثه بعد موت مورثه لزمه

(4) مواهب الجليل للحطاب 221/5 - 223 .

(5) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 411/3 .

(6) الإبراء : يقال : برئت إليك من فلان وبرئ إليك من صحتك براءة . انظر لسان العرب (برأ) (240) .

لا يترتب عليه أحكام . راجع بند 6 ، وبند 1108 ، وبند 1133 ، وبند 1235 مدني [1] .

379 * من أجبر على سبب البيع جبرًا حرامًا وهو ما ليس بحق صح بيعه ولا يلزم على المذهب ، وقيل : يلزم للمصلحة وهي الرفق بالمسجون ؛ لئلا يتباعد الناس عن الشراء فيهلك المظلوم ، وهذا القول لابن كنانة [2] قد اختاره المتأخرون ، وأفتى به اللخمي [3] والسيوري [4] ، ومال إليه ابن عرفه [5] ، وأفتى به ابن هلال [6] والعقباني [7] ، وجرى به العمل بفاس ، كذا في الدردير والدسوقي عن البناني [8] أوائل باب البيوع [9] ؛ فهذا البيع له سبب محظور وحكمه يناسب البند من حيث عدم اللزوم على أحد القولين .

<u>بند 1132</u> – ومع ذلك يكون العقد صحيحًا ولو لم يذكر السبب . راجع بند 110 ، وبند 137 تجاري [10] .

380 * معلوم أنه لا تتوقف صحة العقود على ذكر أسبابها بوجه من الوجوه [11] ، فالبند موافق للمذهب / . 120/أ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 252/1 . (2 ، 3) سبقت له ترجمة .

(4) السيوري هو : عبد الخالق بن عبد الوارث ، أبو القاسم ، خاتمة علماء إفريقيا وآخر شيوخ القيروان وذو الشأن البديع في الحفظ والقيام بالمذهب الأديب الفاضل النظار الزاهد ، تفقه بأبي بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي وغيرهما ... ، شجرة ص 116 . سير أعلام النبلاء 555/13 . (5) سبقت له ترجمة .

(6) ابن هلال هو : قاضي القضاة أبو العباس أحمد بن عمر بن هلال الربيعي نسبه إلى ربيعة بن نزار الإمام العالم العامل النظائر المتفنن في علوم شتى ، العمدة الفقيه الفاضل القدوة .. توفي سنة 795 . شجرة النور الزكية ص 223 .

(7) العقباني هو : قاضي الجماعة بتلمسان أبو الفضل بن سعيد العقباني الفقيه الإمام شيخ الإسلام . ومفتي الأنام الرحلة ، أحد الشيوخ المحققين الفضلاء الأعلام الحافظ ، أحد الجهابذة النقاد المعمر ، ملحق الأحفاد والأجداد ، له اختيارات خارجة عن المذهب ، أخذ عن والده وغيره . شجرة النور الزكية ص 255 .

(8) سبقت لهم ترجمة .

(9) جاء في حاشية الدسوقي (قوله على المذهب) ومقابله أنه إذا أكره على سبب البيع فباع كان البيع لازمًا للمصلحة وهى الرفق بالمسجون ....

وجاء في الشرح الكبير للدردير قوله (إلا إن أجبر) العاقد (عليه) أي على البيع وكذا على سببه وهو طلب مال ظلمًا ولو لم يجبر على البيع على المذهب (جبرًا حرامًا) وهو ماليس بحق فيصح ولا يلزم (ورد عليه) ما جبر على بيعه أو على سببه . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 6/3 .

(10) تعريب القانون الفرنساوي المدني 252/1 .

(11) قاعدة : لا تتوقف صحة العقود على ذكر أسبابها بوجه من الوجوه .

بند 1133 – لا يكون السبب محظورًا إلا إذا كان معصية أو مناقضا للأخلاق المرضية وقوانين الحياء ، أو موجبا خللا لحسن انتظام الدولة والراحة العمومية . راجع بند 6 ، وبند 686 ، وبند 815 ، وبند 900 ، وبند 946 ، وبند 960 ، وبند 1172 مدني [1] .

381 * تقدم ذكر السبب المحظور لكونه معصية ، ولا نعلم للبند مناسبة إلا بهذا أو نحوه .

الباب الثالث

« في الأحكام المترتبة على الالتزامات والعقود »

الفصل الأول

« في ضوابط عمومية »

بند 1134 – العقود الصحيحة في قوة الأحكام والقوانين بالنسبة للعاقدين ؛ فلا تنتهك حرمتها بل يراعى ناموسها ؛ فبناء عليه لا ينقض عقد إلا برضا كل من الجانبين المتعاقدين ، أو بوجود موجبات النقض الأصولية وإلا وجب تنفيذها عن طيب نفس بدون غش ولا تغرير . راجع بند 953 ، وبند 1121 ، وبند 1141 ، وبند 1152 مدني [2] .

382 * معلوم أن العقود الصحيحة متى كانت لازمة وجب على كل من العاقدين التمسك بها وتنفيذها [3] ، ولا ينقض عقد صحيح لازم إلا برضاهما ، وإن كان فاسدًا نقض لفساده بسبب موجب لذلك ؛ فالبند مناسب للمذهب جدًّا .

بند 1135 – لا يقتصر في العقود على تنفيذ ما هو مذكور في منطوقها صراحة ولا على إجراء ما هو مذكور فيها / نصا ، بل لابد من تنفيذ جميع الأحكام الضمنية التي 120/ب
يقتضي العدل والإنصاف والعادة والقانون دخولها في ضمن العقد ، حيث إنها مفهومة من حقيقة العقد . راجع بند 1156 وما بعده ، وبند 1370 وما بعده مدني [4] .

383 * يتناول العقد على البناء والشجر الأرض التي هما بها ، سواء كان العقد بيعًا

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 252/1 . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 252/1 .

(3) قاعدة : العقود الصحيحة متى كانت لازمة وجب على كل من العاقدين التمسك بها وتنفيذها .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 253/1 .

أو رهنًا أو وصية أو هبة أو صدقة أو وحبسًا ، ويتناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر ؛ إن لم يكن شرط أو عرف بخلاف ذلك ، وتمام ذلك في المذهب ؛ [1] فهذه العقود لم يقتصر على تنفيذ ما هو مذكور فيها صراحة بل نفذ ما تضمنه مما تقتضي دخوله في ضمنها ؛ فللبند مناسبة ظاهرة بالمذهب .

الفصل الثاني

« في التزام إعطاء شيء » [2]

بند 1136 – من التزم بإعطاء شيء فكأنه قد ضمن تسليم الشيء وحفظه الحفظ اللازم إلى زمن تسليمه وكأنه شرط فيه ضمنا أنه إن أتلف فيه شيئًا قبل تسليمه دفع أرش النقص للمعطى له الذي صار بالعقد دائنا . راجع بند 1142 وبند 1146 وما بعده ، وبند 1302 ، وبند 1303 ، وبند 1406 إلى بند 1624 مدني [3] .

384 * في الحطاب عند قول المصنف في النذر ثم سبعة أشياء لا غير [4] ، قال في المدونة في كتاب الهبات : لو قال كل مال أملكه صدقة على المساكين لم أجبره على صدقة ثلث ماله / وأمر بإخراج صدقة ثلثه إلخ [5] . قال أبو الحسن [6] في 121/أ
شرح قوله : « ولو قال كل مال أملكه » قال عبد الحق [7] عن بعض الشيوخ : ولو كان ذلك على رجل ببينة لزمه إخراج جميع ماله ، ويترك له منه شيء كما يترك لمن

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 170/3 وما بعدها .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1139 ، 1140 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 253/1 .

(4) مواهب الجليل للحطاب 320/3 .

(5) جاء في المدونة الكبرى قوله (قلت) أرأيت لو أن رجلًا قال كل ما أملك في المساكين صدقة أيجبر على إخراج ماله أم لا (قال) لا يجبر على ذلك ولكن يؤمر بأن يتصدق بثلث ماله (قلت) وهذا قول مالك (قال) نعم (قلت) ولم قال يتصدق بثلث ماله (قال) لحديث أبي لبابة الأنصاري . المدونة 325/4 .

(6) المراد به الشيخ أبو الحسن القابسي ، وهو : أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري المعروف بأبي الحسن القابسي الفقيه النظار الأصولي المتكلم الإمام في علم الحديث وفنونه وأسانيده ، كان عليه الاعتماد ، مؤلفًا مجيدًا ثقة صالحًا وكان أعمى لا يرى شيئًا وهو مع ذلك من أصح الناس كتبا وأجودهم ضبطًا . شجرة ص 97 .

(7) المراد به عبد الحق الصقلي : وهو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي ، الإمام الفقيه الحافظ النظار العالم المتفنن ، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي .. وغيرهم . شجرة ص 116 .

فلس ما يعيش به هو وأهله الأيام ، ابن المواز [1] كالشهر ، ذكره في غير هذا الموضع . اهـ كلام أبي الحسن [2] . وإن نذر أن يتصدق بجميع ما يفيده إلى أجل كذا فيلزمه إخراج ذلك قولًا واحدًا ، واختلف إذا حلف بصدقة ما يفيده أو يكسبه إلى مدةٍ ما أو في بلدةٍ ما فحنث ، فعند ابن القاسم وأصبغ [3] : لا يلزمه شيء ، وحكى ابن حبيب [4] عن ابن القاسم : إخراج جميع ما يفيده ، ابن رشد [5] وهو القياس . اهـ [6] . ثم قال عند قول المصنف في النذر أيضا « إلا أن ينقص فما بقي » ما نصه في الواضحة : « من حلف بصدقة ماله فحنث ثم ذهب ماله باستنفاق فذلك دين عليه ، وإن ذهب بغير سببه فلا يمضي ، ولا يضره التفريط حتى أصابه ذلك . اهـ [7] . فالبند يناسب المذهب من حيث لزوم ما التزمه ومن حيث ضمانه إن أذهبه بالاستنفاق .

بند 1137 – التزام الإنسان بحفظ شيء سواء كان الغرض منه منفعة أحد الجانبين أو هما جميعا يقتضي أن من ضمن الحفظ لابد أن يصرف جميع الهمة في 121/ب الحفظ بما يرضي الله ، ويختلف وجه التشديد في الحفظ بالنسبة / لما يترتب على تركه باختلاف العقود الواجب فيها حفظ المعقود عليه كما هو مبين في أبوابه الخصوصية . راجع بند 1372 ، وبند 1374 وما بعده ، وبند 1927 وما بعده ، وبند 1992 وما بعده ، وبند 2102 مدني [8] .

385 * معلوم أن رهن العين وإعارتها مما يقصد به نفع أحد الجانبين وهو المرتهن أو المستعير وإجارتها المقصود بها نفع الجانبين معا ؛ كل ذلك يقتضي الالتزام بحفظ المرهون والمعار والمستأجر ، فمن فرط في شيء مما ذكر ضمنه حسبما هو مذكور في

---

(1) سبقت له ترجمة .

(2) مذكور بنصه في مواهب الجليل 3 / 321 .

(3) سبقت لهما ترجمة .

(4) سبقت له ترجمة .

(5) المراد به ابن رشد الجد ، وقد سبقت له ترجمة .

(6) جاء في مواهب الجليل : قال عبد السلام إذا حلف بصدقة ما يفيده أو يكسبه أبدا فحنث فلا شيء عليه ابن رشد باتفاق المذهب وأما إن نذر أن يتصدق بجميع ما يفيده أبدا فيلزمه أن يتصدق بثلث ذلك قولًا واحدا وإن نذر أن يتصدق بجميع ما يفيد إلى أجل كذا فيلزمه إخراج ذلك قولًا واحدا واختلف إذا حلف بصدقة ما يفيده أو يكتسبه إلى مدة ما أو في بلد ما فحنث فعند ابن القاسم وأصبغ لا يلزمه شيء وحكى ابن حبيب ، عن ابن القاسم إخراج جميع ما يفيده ابن رشد وهو القياس . مواهب الجليل 321/3 .

(7) مذكور بنصه في المرجع السابق 3/ 322 .

(8) تعريب القانون الفرنساوي المدني 253/1 وما بعدها .

المذهب ، ومفاد المذهب أن ضمان الرِّهان أشد من ضمان العارية وأن ضمان العارية أشد من ضمان الإجارة والكراء ؛ إذ الراجح في الرهان أن شرط البراءة من ضمان ما يغاب عليه لا ينفيه [1] ، بخلاف العارية فإنه رجح فيها نفي الضمان فيما يغاب عليه بالاشتراط ، ومن تولى المعقود عليه من مؤجر كراع ومستأجر ومكتري الدابة ونحوها أمين فلا ضمان عليه إن ادعى الضياع أو التلف كان مما يعاب عليه ، وتمام الكلام وبسطه في المذهب ؛ فالبند يناسب المذهب من حيث إن العقود المذكورة تقتضي تمام حفظ المعقود عليه ، وفي تفاوت الحفظ في بعضها بالنسبة للبعض الآخر / . 122/أ

بند 1138 – متى وقع التراضي بين المتعاقدين لزم تسليم المعقود عليه لزوما تاما . راجع بند 938 ، وبند 1108 ، وبند 1109 ، وبند 1583 ، وبند 1589 ، وبند 1606 ، وبند 1607 ، وبند 1703 مدني [2] .

وهذا الالتزام يصير العاقد مالكًا ويجعل الشيء الذي يجب تسليمه من وقت وجوب تسلمه على ذمته ، ربح أو خسر ولو لم يصرح بذلك ؛ ما لم يكن ماطل الملزوم بالتسليم في ذلك الوقت ؛ فإنه في هذه الحالة يكون ذلك الشيء على ذمته وإذا تلف لزمه . راجع بند 1143 وبند 1146 وبند 1230 وبند 1302 وبند 1356 وبند 1657 وبند 1771 وبند 1788 إلى بند 1790 وبند 1929 وبند 1936 وبند 1996 مدني [3] .

386 * ذكر الدسوقي عند قول المصنف في باب الخيار : « والأجرة عليه » ما يفيد وجوب تسليم المعقود عليه ، ثم من المعلوم أنه بالعقد يصير كل من العاقدين مستحقًّا لما عقد عليه ، ثم المبيع إن كان مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا ؛ فضمانه من البائع إلى أن يقبضه المشتري بالكيل أو الوزن أو العد ، وما تلف منه وقت ضمان البائع سماوي لا يلزم المشتري ، وإن كان غير ذلك فضمانه من المشتري بالعقد ، إلا ما استثني في المذهب [4] ، والغلة له كاللبن والبيض والثمر من حين ضمانه إذ

(1) قوانين الأحكام الشرعية ص 335 ، ص 348 ، ص 349 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني1/254 .

(4) جاء في حاشية الدسوقي (قوله والأجرة عليه) أي على البائع ؛ لأن التوفية تتوقف عليه أو يأتي المشتري بإناء واسع ا.هـ وانظر لو تولى المشتري الكيل أو الوزن أو العد بنفسه هل له طلب البائع بأجرة ذلك أم لا ؟ والظاهر كما قال شيخنا إن له الأجرة إذا كان شأنه ذلك أو سأله البائع في ذلك (قوله كما أن أجرة الثمن) أي أجرة كيله أو وزنه أو عده (قوله على فاعلها) أي وهو البائع أعني المقبل والمولى المشرك بالكسر (قوله =

122/ب الخراج بالضمان [1] وتمام الكلام وبسطه / في كتب المذهب ، فقول البند : متى وقع إلى آخره موافق للمذهب ، وقوله : وهذا الالتزام إلخ مناسب للمذهب في تصيير العاقد مستحقا ، وقوله ويجعل الشيء إلخ موافق للمذهب فيما ليس فيه حق توفية .

بند 1141 – إذا التزم إنسان تسليم شيء لإنسان وكان قد التزم تسليمه أيضا لآخر كان الملتزم تسليمه من المنقولات المحضة فإن من سبق لحيازته منهما كان له ، ويستمر على ملكيته ولو كان حقه متأخرا عن حق الآخر . راجع بند 1606 ، وبند 1607 ، وبند 2228 ، وبند 2233 ، وبند 2228 ، وبند 2279 مدني [2] .

387 * من وهب هبة لشخص وتأخر حوزها ثم وهبها لثانٍ وحاز قبل الأول بطلت الهبة للأول وتكون للثاني على المشهور [3] لتقوّي جانبه بالحيازة ولا قيمة على الواهب للأول ولو جدّ الأول في الطلب [4] ، فالبند مناسب للمذهب في هذه الصورة .

الفصل الثالث

« في الالتزام بفعل أو الالتزام بعدم فعل » [5]

بند 1142 – من أوجب بعقده على نفسه فعل شيء أو عدمه ولم ينجز ذلك كان ملزومًا بالأضرار المترتبة على عدم تنفيذه . راجع بند 1126 ، وبند 1146 وما بعده وبند 1237 ، وبند 1382 وما بعده مدني ، وبند 128 ، وبند 523 إلى بند 525 محاكمات [6] .

123/أ **388** * الضمان من الالتزامات ، والالتزام كالهبة ، والهبة عقد ، / فهو من قبيل العقود [7] ، ومنه ضمان الوجه أي الالتزام بإحضار الذات لرب الدين عند الحاجة ،

= لأنه فعل معروف) أي فلا يضر بإلزامه الأجرة .... (قوله فلا أجرة عليه) أي فاعلها .... (قوله ولو قولاه المشتري) هذا مبالغة في قوله وثمن بائع مكيلا لقبضه كموزون ومعدود هذا إذا تولى البائع ما ذكر من الكيل والوزن والعد بل ولو تولاه المشتري نيابة عنه . حاشية الدسوقي 144/3 ، 145 .

(1) المرجع السابق 104/3 . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 255/1 .

(3) مقابل المشهور في المذهب أنها للأول . حاشية الدسوقي 101/4 .

(4) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 101/4 .

(5) لم يتناول المصنف الفصل الرابع وعنوانه « في الالتزام بجبر الخسارة الناتجة عن عدم تنفيذ ما لزم الإنسان من العقود » بأكمله وبنوده من 1146 إلى 1155 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 255/1 . (7) قاعدة : الضمان من الالتزامات وهو من قبيل العقود .

وإذا حل الحق يبرأ الضامن بتسليم المضمون للمضمون له ، وبتسليم المضمون نفسه للمضمون له إن أمره الضامن به وبغير ذلك من التسليم المعتبر شرعًا ؛ فإن لم تحصل براءته بتسليم شرعي أُغْرِم الضامن بعد خفيف تلوم إن قربت غيبة المضمون كاليوم ، فإن بعدت غرم الكفيل مكانه ، ويصح الضمان بالطلب وهو التفتيش على الغريم والدلالة عليه كأنا حميل بطلبه أولا ، ضمن إلا الطلب ، ويجب الطلب حينئذ بما يقوى عليه في البلد وما قرب منه ، وقيل : على مسافة اليوم واليومين ؛ فإن ادعى أنه لم يجده صدق وحلف ما قصر في طلبه ولا يعلم موضعه ؛ فإن نكل غرِّم ، وغرِّم إن فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه ؛ بأن علم موضعه وتركه حتى لم يتمكن رب الحق منه وعوقب بما يراه الحاكم في ضمان ما ليس بمال نحو القصاص . كذا في المصنف والدردير من باب الضمان وأقره محشيه [1] .

ومما يناسب ذلك ما في التزامات الحطاب من الباب الأول ونصه : قال في سماع أشهب [2] من باب العارية فيمن حلف ليوفين غريمه إلى أجل فلما خشي الحنث ذكر ذلك لرجل فقال : لا تخف ائتني هذه العشية أعطيكها ، فلما كان العشية جاءه فأبى أن يعطيه ، فقال له : غررتني حتى / خفت أن يدخل عليَّ الطلاق ، 123/ب
أتراه لازما له ؟ فقال : لا والله ، ما أرى ذلك لازمًا له وما هو من مكارم الأخلاق ولا من محاسنها ، قال محمد بن رشد [3] : قد قيل إنه يلزمه وهو الأظهر ؛ لأنه غره ومنعه أن يحتال لنفسه بما يبرئه من سلف وغيره . اهـ [4] . وقد وضع الحطاب في كتابه هذا لأحكام الوعد فصلًا مهمًّا من الباب الأول ينبغي الرجوع إليه [5] ،

---

(1) الشرح الكبير على مختصر المصنف خليل وحاشية الدسوقي 344/3 إلى 347 .

(2) سبقت له ترجمة . (3) هو محمد بن رشد « الجد » وقد سبقت له ترجمة .

(4) نقل ابن رشد « الجد » أربع روايات عن المالكية في حكم الوفاء بالوعد .

أ – الرواية الأولى : لا يلزم الوفاء بالوعد ، ولا يقضى به مطلقًا .

ب – الرواية الثانية : يلزم القضاء بالوعد وإن لم يكن على سبب .

جـ – الرواية الثالثة : يقضى بالوعد إن كان على سبب ، وإن لم يدخل الموعود له في السبب .

د – الرواية الرابعة : يقضى بالوعد إن كان على سبب ، ومن أجل الوعد دخل في السبب ، وهذه الرواية هي مشهور المذهب . البيان والتحصيل لابن رشد « الجد » 317/15 – 319 .

(5) هذا الكتاب سماه الحطاب : تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، وقد حقق في رسالة ماجستير في كلية الشريعة بالقاهرة . جامعة الأزهر .

ولم نجد من المذهب ما يناسبه البند إلا هذا ، لكن هذا كله باعتبار ما يدخل في عموم البند ، والذي يظهر من قوله في البند بعده ، ومع ذلك إلخ أن هذا البند إنما هو في شأن أرباب الصنائع ممن استؤجر على فعل شيء ولم ينجز الفعل ، وهو أيضا مناسب للمذهب في لزوم القيام بالفعل المستأجر عليه .

بند 1143 – ومع ذلك فللمطالب بكسر اللام بالعمل حق في إبطال العمل إذا وجد مخالفًا للشروط المتفق عليها ؛ فإذًا له أن ينقض العمل ويهدمه ويكون مصرف ذاك على المقصر في العمل ، وهذا زيادة عما يلزمه من دفع الأضرار ، إذا كان ثم أضرار . راجع بند 1146 وما بعده مدني [1] .

389 * في أصيل [2] عند قول المصنف في الإجارة : « أو خولف في الصفة » أن القول للصانع إذا خولف في الصفة إن أشبه ؛ فلو قال : أحمر وربه أخضر ، أو صنع
124/أ خلخالين وقال ربه / : أمرتك سوارين صدق الصانع . فإن ادعى الصباغ صبغا لا يشبه صدق رب الثوب مع يمينه ، وخيِّر في أخذه مصبوغًا ويدفع قيمة الصبغ وأخذ ثوبه أبيض . اهـ [3] . ومن ذلك يعلم حكم الاختلاف في المصبوغ فيما يظهر. وفيه أيضا عند قول المصنف : أو خولف إلخ ، قال ابن يونس [4] : ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن دفع غزلًا إلى حائك لينسجه تسعة في ثمانية فنسجه سبعة في ثمانية فله أخذه ، وللحائك أجره كاملًا ، وإن شاء تركه وضمن الصانع قيمة الغزل لا مثله ، يريد إذا أقر الحائك بذلك ، أما لو ادعى أنه عمل له ما أمر به فالقول قول الصانع [5] . اهـ .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 255/1 .

(2) المراد به كتاب الشيخ أصيل البرديسى ، وقد سبقت له ترجمة .

(3) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه 4 / 55 وما بعدها .

(4) سبقت له ترجمة .

(5) جاء في المدونة الكبرى (قلت) لعبد الرحمن بن القاسم أرأيت إن دفعت إلى حائك غزلا ينسجه سبعًا في ثمان فنسجه لي ستًا في سبع فأردت أن آخذه أيكون لى ذلك في قول مالك . (قال) نعم (قلت) ويكون للحائك أجره كله ؟ (قال) نعم ، يكون للحائك أجره كله . (قال) سحنون وقال لي غيره يكون له من الأجر بحساب ما عمل (قلت) فإن أردت أن لا آخذ منه وأضمن الحائك (قال) ذلك لك (قلت) أفأضمنه قيمة الغزل أو غزلا مثله ؟ (قال) عليه قيمة الغزل ولا يكون غزل مثله قلت أتحفظه عن مالك (قال) لا أحفظه عن مالك الساعة . المدونة 372/3 .

ومنه يعلم حكم النجار والخياط مثلًا إذا خالف ما أُمِر به . وفي الأجهورى عند قول المصنف : لا إن تخالفا في لتّ السويق ما نصه : يفهم مما قدمنا أنه إذا أثبت تعدي الصانع فليس لربه إلا أخذ مثله ؛ لأن من غصب مثليًا وفات له مثله ، واللتّ فوت اهـ .

ومنه يفهم حكم البناء وأن الباني إذا تعدى في صفة الصنعة فعليه هدم ما بنى ، ومثل ما تلف بالهدم من اللبن مثلًا ، ويعلم من تعديه أنه لا أجرة لفعله ؛ فتحصل أن رب المصنوع بالخيار في المسألتين الأوليين ، وأن الصانع في الثالثة يلزمه إخلاء الأرض وضمان مثل ما تلف بالهدم ولا أجرة له [1] ؛ فللبند مناسبة بالمذهب من حيث إن لرب المصنوع / ترك عمل الصانع له ورجوعه عليه بمثل شيئه أو قيمته [2] ، 124/ب
ومن حيث إبطال العمل في البناء .

بند 1144 – ويجوز للمطالِب بكسر اللام في صورة عدم التنفيذ أن ينفذ ما التزم به المطالَب ويكون مصرف ذلك على هذا المقصر [3] .

390 * الظاهر من فروع المذهب أن هذا ليس على عمومه ، وإنما يناسبه ما في الالتزامات من الباب الثالث ونصه : قال البرزلي [4] في مسائل الأيمان : « من التزم الكفارة عن غيره إذا حنث فحنث لزم الملتزم الوفاء بها ولا شيء على الحالف » ، قلت : قوله : ولا شيء عليه يريد إن أخرجها الملتزم ، وأما إن لم يخرجها وامتنع ولم يقدر على إجباره على إخراجها فتلزم الحالف ويرجع بها على الملتزم متى قدر عليه والله أعلم . اهـ .

بند 1145 – إذا كان الإلزام عدم فعل شيء فإن من وقعت منه المخالفة بالفعل يلزمه دفع الأضرار المترتبة على ذلك . راجع بند 1146 وما بعده مدني [5] .

391 * من استعار عينًا ليرهنها في دراهم مثلًا فرهنها في طعام أو عكسه ضمن المستعير ، بمعنى أن ضمان الغذاء يتعلق به بحيث إذا هلك أو سرق أو ضاع يضمنه ،

---

(1) الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 57/4 ، التاج والإكليل على مختصر خليل ومواهب الجليل للحطاب 448/5 .

(2) قاعدة : لرب المصنوع ترك عمل الصانع له ورجوعه عليه بمثل شيئه أو قيمته .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 255/1 .

(4) سبقت ترجمته .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 255/1 .

عملًا بإقراره بالتعدي ، كان مما يغاب عليه أم لا ، قامت على هلاكه بينة أم لا ، وأما إذا كان قائمًا فلا سبيل إلى تضمينه / ، بل يأخذه ربه وتبطل العارية . ذكره 125/أ
الدسوقي عند قول المصنف في باب الرهن : وضمن إن خالف [1] ، وإذا قال رب الوديعة للمودع : ضعها في صندوقك مثلًا ولا تقفل عليها . فخالف ووضعها فيه وقفله عليها فسرقت فيضمن لطمع السارق في الصندوق بسبب قفله ، ولا يضمن غير السرقة كالحرق والسماوى عند ابن القاسم ، ذكره الدردير والدسوقي عند قول المصنف في باب الوديعة : أو يقفل [بنهى] [2] ويجوز [3] اشتراط رب المال على عامل القراض أن لا ينزل واديًا ، أو محلًّا منحفضًا كترعة ، أو لا يمشي بليلٍ ، أو لا يسافر ببحر ، أولا يبتاع سلعة عينها له لقلة ربحها أو لخسر فيها ، وضمن في المسائل الأربع إن خالف وكان يمكن المشي بغير الوادي ، أو المشي بالنهار والسفر بغير البحر وإلا فلا ضمان ، ويضمن بالمخالفة المذكورة غير الخسر [4] كالنهب والغرق والسماوي زمن المخالفة فقط ، ولا يضمن السماوي والنهب بعد المخالفة كما لا يضمن الخسر ، وهذا في الثلاث الأول بخلاف الرابعة فإنه يضمن فيها السماوي والخسر ، وإذا تنازع العامل ورب المال في أن التلف وقع زمن المخالفة أو

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (أي تعلق به الضمان ولو لم يتلف) أي أن للمعير تضمينه قيمته ولو لم يتلف لتعديه وله أخذه من المرتهن وتبطل العارية .... وفيه نظر لأنه على هذا الكلام لا يصح تأويل الوفاق ؛ لأن أشهب لا يقول بهذا التخيير وأيضا يكون المعير إذا نكل بخير فله أخذ شيئه وإذا حلف لزمه إبقاؤه في الدراهم فيكون النكول أنفع له من الحلف ، وهذا عكس القواعد فالصواب كما أفاده المواق والحطاب وغيرهم أن المراد أن ضمان الغذاء يتعلق به حيث إذا هلك أو سرق أو ضاع يضمنه عملًا بإقراره بالتعدي كان فما يغاب عليه أم لا قامت على هلاكه بينة أم لا ، وأما إذا كان قائمًا فلا سبيل إلى تضمينه ، بل يأخذه ربه وتبطل العارية مثل ما يأتي في الغصب من قوله وضمن بالاستيلاء أي تعلق به الضمان هذا هو الذي يدل عليه كلام ابن عبد السلام وابن غرفة وغيرهما اهـ .

وجاء في الشرح الكبير قوله (نقلت) المدونة (عليهما) وعلى الأول يكون الفاضل عن التميمة ووفاء الدين للمستعير (وضمن) المستعير (إن خالف) ورهن في غير ما استعار له لتعديه كدراهم في ضمنه في طعام أو عكسه أي تعلق به الضمان ولو لم يتلف أو قامت على تلفه بينة وللمعير أخذه من المرتهن وتبطل العارية وقال أشهب : لا يضمن ويكون رهنا في قدر الدراهم من قيمة الطعام . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 239/3 .

(2) في الأصل بنهب ، وعدلت بناء على نص المصنف المطبوع مع الشرح الكبير 422/3 .

(3) والقول المذكور وارد في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 422/3 .

(4) الخسر : النقص ، بمعنى الضلال والتخسير : الإهلاك انظر لسان العرب (خسر) (1156) .

بعدها صدق العامل في دعواه أنه وقع بعد زمنها كما في الحطاب عن اللخمي [1] ، ذكره الدسوقي عند قول المصنف في باب القراض : « وضمن إن خالف » [2] .
125/ب وإذا خالف الراعي مرعى شرط عليه كأن قال / له : لا ترع في غير المحل الفلاني فخالف ورعى في غيره فتلفت فإنه يضمن القيمة يوم التعدي ، ذكره الدسوقي عند قول المصنف : لا إن خالف مرعى شرط ، وتمامه فيه . فللبند مناسبة واضحة بالمذهب من حيث الضمان بالمخالفة .

الفصل الخامس

« في تفسير ما انبهم من العقود وحمل الألفاظ على المعنى المتبادر منها عرفًا » [3]

بند 1156 – يلزم الوقوف في تفسير العقود على الغرض الأصلي من العقد للمتعاقدين بدون الاقتصار على معنى الكلمات الواردة في سند العقد وأخذها على ظواهرها . راجع بند 1135 ، وبند 1175 ، وبند 1602 ، وبند 2048 مدني [4] .

392 * يناسب هذا البند ما مر في الكلام على بند 1135 من تناول العقد على البناء والشجر للأرض التي هما بها إلخ ، ففي هذا لم يؤخذ لفظ العقد على ظاهره بل تناول بحسب العرف شيئًا آخر .

بند 1157 – إذا كان في العقد شرط مبهم يحتمل معنيين يلزم تفسيره مما ينتج عنه غرض صحيح لا بالمعنى الآخر الذي لا ينتج عنه غرض مفيد [5] .

393 * من شروط السلم أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم للمتعاقدين [6] ولو حكمًا كمن لهم عادة بوقت القبض ؛ فلا يحتاج لضرب الأجل كأرباب المزارع ، وأرباب الألبان وأرباب الثمار ؛ فإن عادة الأول القبض عند حصاد / الزرع [7] ، 126/أ
وعادة من بعدهم الوفاء بدفع ما عليهم زمن الربيع وزمن جذ الثمار ، وأقل الأجل

(1) جاء في مواهب الجليل للحطاب (فرع) قال في التوضيح وإذا ضمناه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم قاله اللخمي للتعدي مواهب الجليل 365/3 .
(2) حاشية الدسوقي والشرح الكبير 526/3 .
(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1161 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .
(4 ، 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 258/1 .
(6) قوانين الأحكام الشرعية ص 272 ، الشرح الكبير 205/3 .
(7) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 205/3 .

نصف شهر كالنيروز وهو أول يوم من السنة القبطية ، والحصاد والدراس وقدوم الحاج والصّيف والشتاء ، واعتبر في الحصاد وما معه ميقات معظمه ، أي الوقت الذى يغلب فيه الوقوع [1] ؛ فالبند يناسب المذهب في انصراف الشرط المبهم إلى ما ينشأ عنه غرض صحيح من المعاني دون غيره [2] .

بند 1158 – الكلمات المحتملة لمعنيين يلزم تفسيرها بما يناسب المقام مما يكون أقرب للمقصود من العقد [3] .

394 * قول الواقف : تحجب الطبقة العليا منهم أبدًا الطبقة السفلى معناه : أن كل أصل يحجب فرعه فقط دون فرع غيره ، وكذا في ترتيب الواقف الطبقات كعلى أولادي ثم أولاد أولادي إلا أن يجري عرف بخلافه فيعمل به ؛ لأن ألفاظ الواقف مبناها على العرف ، ذكره الدردير عند قول المصنف في باب الوقف : « وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء إلخ [4] . وهو طريقة لابن رشد ، وهناك طريقة أخرى لعصرية ابن الحاج [5] ، ذكرها الدسوقي [6] . واعتبار هذه الطريقة اعتبار لما هو
126/ب الأقرب للمقصود من العقد ، فللبند مناسبة بالمذهب من حيث الاعتبار المذكور / .

بند 1159 – الكلمات المبهمة المتشابهة التي لا يفهم معناها يلزم تفسيرها بحسب استعمالها بالمعنى المتداول في عرف المحل الذي فيه ذلك العقد . راجع بند 590 ، وبند 608 ، وبند 645 ، وبند 674 ، وبند 1648 مدني [7] .

---

(1) وهو وسط الوقت المعد لذلك . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 205/3 .

(2) قاعدة : ينصرف الشرط المبهم إلى ما ينشأ عنه غرض صحيح من المعاني دون غيره .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 258/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير (و) إن وقف (على اثنين) معينين كزيد وعمرو (وبعدها) أي بعد كل واحد منهما يكون (على الفقراء) فيكون (نصيب من مات) منهما (لهم) أي للفقراء لا للحى منهما (الشرح الكبير 86/4) . وجاء في حاشية الدسوقي (قوله بحجب فرعه فقط) بهذا أفتى ابن رشد وخالفه عصريه ابن الحاج غير صاحب المدخل وحاصل ذلك أنه إذا مات واحد من الطبقة العليا فقال ابن رشد يكون حظه لولده بناء على أن الترتيب في الوقف باعتبار كل واحد وحده أي على فلان ثم ولده وهكذا فكل من مات انتقل حظه وكل واحد من الطبقة العليا إنما يحجب فرعه دون فرع غيره . حاشية الدسوقي 86/4 .

(5) عصريه بن الحاج هو : قاضي قرطبة أبو القاسم محمد بن أحمد بن لب .

(6) حاشية الدسوقي 86/4 .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 258/1 .

385 * يناسبه ما تقدم قبل من قول الدردير : إلا أن يجري عرف بخلافه إلخ [1] .

بند 1160 – يلزم وقت تفسير شروط العقد إضافة الشروط غير المذكورة في العقد ولكنها من لوازم تنفيذه عادة ، وضمها لسند العقد ولو لم تكن منصوصة فيه بتمامها . راجع بند 1135 ، وبند 1159 مدني [2] .

396 * الوقف على الوارث في مرض موته يبطل ولو حمله الثلث ؛ لأنه كالوصية [3] [4] ؛ إلا وقفًا معقبًا حمله الثلث فيصح ، ويكون للوارث كميراث في القسم للذكر مثل حظ الأنثيين لا ميراثًا حقيقيًا ، فلا يتصرفون فيه تصرف الملاك من بيع وهبة ونحو ذلك ؛ لأنه بأيديهم وقف لا ملك ، ويدخل في الوقف جميع الورثة وإن لم يوقف عليهم كثلاثة أولاد لصلبه هم أولاد الأعيان وأربعة أولاد أولاد وقال : وقف على أولادي وعقبهم ؛ فإن لم يقل : على عقبهم بل قال : على أولادي وأولاد أولادي بطل على الأولاد وصح على أولاد الأولاد ؛ فالتعقيب شرط في هذه المسألة كالخروج من / الثلث [5] ، فإن ترك مع السبعة أمًّا وزوجة 127/أ فإنهما يدخلان فيما للأولاد وفي غيره ، وكذا غيرهما ممن يرث كالأب وهو ثلاثة أسهم من سبعة أسهم ، للأم السدس وللزوجة الثمن من مناب أولاد الأعيان ، وسواء كانوا ذكورًا أو إناثًا ، وسواء أطلق أو سوى بين الذكر والأنثى ، أو شرط للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن شرطه لا يعتبر فيما لأولاد الأعيان ؛ بل للذكر مثل حظ الأنثيين على كل حال ، وأربعة أسباعه لولد الولد الأربعة وقف يعمل فيها بشرط الواقف من تفاضل وتسوية ، كذا في الدردير ، وتمام الكلام وبسطه فيه [6] وفي غيره من كتب المذهب ؛ فتحصل أنه إذا وقف ما ذكر في مرضه على شرط كونه للأولاد وعقبهم وأولاد الأولاد فإن هذا الشرط يتضمن دخول غيرهما من بقية الورثة في نصيب أولاد الأعيان ، فهو شرط في ضمنه أمر كالمشروط ، وهو دخول باقي الورثة مع أولاد الأعيان ؛ فللبند مناسبة بالمذهب من حيث إن شرط

(1) راجع الصفحة السابقة .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 258/1 .
(3) قاعدة : الوقف على الوارث في مرض موته يبطل ولو حمله الثلث ؛ لأنه كالوصية .
(4) ولا وصية لوارث ؛ إلا أن يجيزه له بقية الورثة . (الشرح الكبير للدردير 82/4) .
(5) المرجع السابق 82/4 وما بعدها .
(6) الشرح الكبير للدردير 83/4 .

دخول جماعة تضمن دخول آخرين ، ومما يناسبه : ما لو اكترت المرأة دابة لحملها فولدت فإن المكري يلزمه حمله ؛ لأنه كالمدخول عليه فقد تضمن الاكتراء لحملها وجوب حمل الولد [1] .

بند 1162 – في حالة الشك والشبهة في الألفاظ الموجودة في مشارطة تُفَسَّر
127/ب الألفاظ بما فيه مساعدة / لمنفعة المشترط عليه . راجع بند 1602 مدني [2] .

397 * هذا البند يناسب ما لو اكترى الدابة لحمل آدمي لم يعلمه رب الدابة حين الكراء فيجوز ذلك ؛ لأن الأصل تقارب الأجسام [3] ، ولا يلزم رب الدابة الثقيل ذكرًا أو أنثى ، وكذا لو استأجره على حمل ذكر فأتاه بأنثى لم يلزمه بخلاف العكس ، ومثل الفادح المريض الذي يتعب الدابة إن جزم بذلك أهل المعرفة ، وحيث لم يلزمه الفادح فليأت بوسط أو يكري الدابة في مثل ذلك والعقد لازم ؛ فإن لم يمكن فله الفسخ [4] ؛ فها هو الأمر المدخول عليه حمل على ما فيه ميسرة للمكري .

بند 1163 – أيًا ما كان إجمال الكلمة المستعملة في العقد لا تنصرف إلا إلى الغرض المقصود من العقد بدون الانتقال إلى معنى آخر . راجع بند 2048 ، وبند 2049 مدني [5] .

398 * هذا البند مناسب لما مر في الكلام على بند 1135 من التناول المذكور هناك ، ويناسبه أيضًا ما في باب المساقاة أنه يدخل لزومًا في عقد المساقاة شجر تبع زرعًا ، بأن ساقاه على زرع وفيه شجر هو تابع للزرع ، بأن تكون قيمته الثلث فدون ؛ فيكون بينهما على ما دخلا عليه من الجزء ، ولا يجوز إلغاؤه للعامل ولا لربه
128/أ وعكسه كذلك ، أي يدخل زرع تبع شجره / . ذكره الدردير [6] وأقره محشيه [7] .

بند 1164 – إذا قيدت حالة من حالات العقد بشرط من الشروط فلا يحمل

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 36/4 .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 259/1 .
(3) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 36/4 .
(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 36/4 .
(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 259/1 .
(6) جاء في الشرح الكبير للدردير قوله (ودخل) لزومًا في عقد المساقاة (شجرة تبع زرعًا) بأن ساقاه على زرع وفيه شجر هو تابع للزرع بأن تكون قيمته الثلث فدون كأن يقال : ما قيمة الثمر على المعتاد بعد إسقاط كلفته ؟ فإذا قيل : مائة قيل : وما قيمة الزرع ؟ فإذا قيل : مائتان علم أن الشجر تبع فدخل في عقد المساقاة لزومًا ويكون بينها على ما دخلا عليه من الجزء ولا يجوز إلغاؤه للعامل ولا لربه وعكسه كذلك أى يدخل زرع تبع شجرًا الشرح الكبير 543/3 .
(7) حاشية الدسوقي 543/3 .

عليها في التقييد غيرها من الأحوال المطلقة [1] .

399 * معلوم أن تقييد حالة من أحوال العقد لا يسري على غيرها [2] ؛ فلو قال لرجل : أنت وصي في كذا حتى يقدم فلان ؛ فلا يسري تقييد حالة إيصائه في هذا الشيء لغاية قدوم فلان على غير هذه الحالة من الأحوال المطلقة لهذه الوصية ، كما يؤخذ مما قالوه عند قول المصنف : « ووصي فقط يعم » [3] ، فالبند موافق للمذهب .

الفصل السادس

« في أحكام العقود بالنظر لغير المتعاقدين »

بند 1165 – تجري أحكام العقود على العاقدين دون غيرهما ولا يعود على الغير منها ضرر ، ولا يقع إلا بموجب بند 1121 . راجع بند 1134 ، وبند 1321 ، وبند 1351 ، وبند 1599 ، وبند 2005 ، وبند 2009 ، وبند 2051 مدني [4] .

400 * معلوم أن العقد قاصر أمره على المتعاقدين حقيقة أو حكمًا [5] وقد تقدم الكلام على بند **1121** متضمنًا لنفع غير المتعاقدين ؛ فلهذا البند مناسبة واضحة بالمذهب .

بند 1166 – يجوز لأرباب الديون طلب ما لمديونهم من الحقوق على الغير إلا في صورة ما إذا كانت الحقوق متعلقة بذات المديون تعلقًا صحيحًا ؛ فلا حق لهم / في طلبها 128/ب
من مديون مديونهم . راجع بند 406 ، وبند 421 ، وبند 618 ، وبند 622 ، وبند 788 وبند 820 مدني ، وبند 778 ، وبند 871 محاكمات ، وبند 507 وما بعده تجاري [6] .

401 * إذا أقام المفلس شاهدًا بحق له على شخص ونكل عن اليمين مع الشاهد ليأخذ حقه حلف كل من الغرماء مع الشاهد [7] كما يحلف المفلس ، فيحلف كل أن ما شهد به الشاهد حق ، ويأخذ كل حالف حصته من الدين فقط ، ولو

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 259/1 .

(2) قاعدة : تقييد حالة من أحوال العقد لا يسري على غيرها .

(3) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 451/4 ، التاج والإكليل 388/6 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 259/1 .

(5) قاعدة : العقد قاصر أمره على المتعاقدين حقيقة أو حكمًا .

(6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 259/1 .

(7) لتنزيلهم منزلة المفلس في اليمين . (الشرح الكبير 266/3 وما بعدها) .

نكل[1] غيره – أي غير الحالف – فلا يأخذ الحالف سوى قدر نصيبه مع حلفه على الجميع ؛ هذا هو الأصح والمشهور ؛ [2] ففي حلف الغريم شائبة طلب من أرباب الديون للمديون على الغير ؛ فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 1167 – ويكون للدائن أيضًا الحق في أن يطعن في العقود التي عملها المديون بأنه عملها لإضراره في حقوقه تغريرًا وتدليسًا . راجع بند 882 مدني ، وبند 446 وما بعده تجاري [3] ، وفي غير ذلك يسوغ للدائن بالنظر إلى الحقوق المذكورة في كتاب الميراث وكتاب النكاح وحقوق كل من الزوجين على الآخر أن يعمل بما في هذا الكتاب من الأحكام . راجع بند 618 ، وبند 622 ، وبند 788 ، وبند 865 ، وبند 878 ، وبند 882 ، وبند 921 ، وبند 153 ، وبند 1166 ، وبند 1410، وبند 1447 ، وبند 1464 مدني ، وبند 466 ، وبند 474 محاكمات / [4] . 129/أ

402 ** المفلس بالمعنى الأخص المتقدم ذكره في الكلام على بند 1124 ممنوع من التصرف المالي كبيع وشراء وكراء واكتراء ولو بغير محاباة [5] ؛ فإن وقع منه ذلك لم يبطل ، بل إن اختلف الغرماء في رده وإمضائه فهو موقوف على نظر الحاكم ، وإن اتفقوا فهو موقوف على نظرهم ، كذا في الدردير والدسوقى [6] ، فلأول البند

---

(1) نكل : نكل الرجل عن الأمر إذا جبن عنه ، ويقال نكلت بفلان إذا عاقبته في جرم . انظر لسان العرب (نكل) (4544) .

(2) هو قول ابن القاسم من علماء المذهب (الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 267/3) .

– ومقابله (مقابل المشهور) قول ابن عبد الحكم : يأخذ جميع حقه ، ولو نكل الجميع فلا شيء لهم ، وعلى الأول : يسقط حق الناكل إن حلف المطلوب ، فإن نكل غرم بقية ما عليه (الشرح الكبير 267/3) .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 260/1 .

(5) خلافًا لمن قيده بالمحاباة (الشرح الكبير 265/3) .

(6) جاء في الشرح الكبير للدردير قوله (فمنع) المفلس بالمعنى الأخص (من تصرف مالي) كبيع وشراء وكراء واكتراء ولو بغير محاباة خلافًا لمن قيده بالمحاباة ؛ لأنها من التبرع وهو يمنع منه بمجرد الإحاطة كما تقدم فإن وقع التصرف المالي لم يبطل بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء (لا) إن التزم شيئًا (في ذمته) لغير رب الدين إن ملكه فلا يمنع منه . الشرح الكبير 265/3 .

وجاء في حاشية الدسوقي قوله (من التصرف المالي) أي وأما من التبرعات فهذا يحصل بمجرد إحاطة الدين بماله (قوله وبيع ماله) أي ما وجد من ماله وقوله وحبسه أي إذا جهل حاله حتى يثبت عدمه لاحتمال أنه أخفى ماله . واعلم أن هذه الأحكام الأربعة المذكورة كما تترتب على التفليس بالمعني الأخص الذي هو حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء تترتب أيضًا على التفليس بالمعني الأعم وهو قيام الغرماء .... (قوله على نظر الحاكم) أي عند عدم اتفاق الغرماء واختلافهم في رده وإمضاءه حاشية الدسوقي 265/3 .

مناسبة في المذهب من حيث إن لغريم المفلس رد العقود المالية التي صدرت منه .

الباب الرابع

« في أنواع العقود »

الفصل الأول

« في العقود الشرطية »

الفرع الأول

« في الكلام على شرط من حيث هو وفي أنواعه المختلفة » (1)

بند 1168 – لا يكون الالتزام مشروطًا إلا إذا علق على حادثة مستقبلة غير معلومة الوقوع سواء جعل الالتزام موقوفًا على حصول الحادثة كتعليق الهبة على نجاح عمل ، أو جعل للعقد الخيار في الفسخ بحصول الحادثة وعدم حصولها كبعتك داري لكن بشرط أنه إذا لم يتم شراء الدار التي أسومها تقيلني من البيع ، ويسمى هذا شرطًا فسخيًا . راجع بند 1040 ، وبند 1181 ، وبند 1183 ، وبند 1185 ، وبند 2125 ، وبند 2257 مدني (2) .

403 ** للالتزام المعلق مبحث جليل عقد له الحطاب في التزاماته (3) بابًا ومنه ما تضمنته عبارة الشيخ أصيل (4) عند قول المصنف في باب الهبة : « وإن قال : داري صدقة إلخ » وهي نقل اللقاني (5) في حاشيته على التوضيح ما نصه : قال في نكاح المدونة / : إن قال لزوجته إن أخرجتك من هذه الدار فلك ألف ، فله أن يخرجها 129/ب
بغير شيء (6) ؛ لأن هذه هبة ليست على وجه البر ، وإنما قصد بها اليمين ، وما

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1179 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 260/1 .

(3) نقله الشيخ عليش – من علماء المذهب – في كتابه فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك – الجزء الأول من ص 215 وما بعدها .

(4) المراد به أصيل البرديسي . وقد سبقت له ترجمة .

(5) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي الفقيه العلامة البركة القدوة الفهامة شيخ المالكية وإمام السالكين توفي سنة 1101 . شجرة النور الزكية ص 317 .

(6) جاء في المدونة الكبرى (قال) ابن القاسم وأخبرني الليث بن سعد أن ربيعة قال : الصداق ما وقع به =

كان من الهبات لمعين على جهة اليمين لا يقضى به [1] ؛ لأن جهة الهبة لمعين لا يقضى بها إلا إذا كانت على وجه الصلة والبر لا على وجه اليمين ، وأما الذي يقول : إن شفاني الله من مرضي فلك درهم ، هذا يقضى به [لأنه بر ، وما كان على هذا الوجه يقضى به] [2] على قائله ، وكذا الذي يقول : إن قدمت عليّ فلك ألف درهم ؛ لأن هذه عطية محضة غير متعلقة بيمين ولا معاوضة يقضى بها . اهـ ؛ فقول البند : « كتعليق الهبة إلخ » من قبيل ما تضمنته العبارة المذكورة ، والظاهر أن قوله : « أو جعل للعقد إلخ » ليس من الالتزام المعلق ، وقوله : « كبعتك داري إلخ » هو من قبيل بيع الثنيا [3] فيما يظهر ، وهو البيع الذي يشترط بائعه ترجيعه له إن أُتي بالثمن ، وهو فاسد إن وقع الاشتراط في صلب العقد ؛ فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز ، وليس للمشتري تصرف بإخراجها لغير البائع في المتطوع بها ، وللبائع رفعه للحاكم ؛ فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا كما نبه عليه البناني تبعًا للحطاب [4] ، وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف بعتق أو بيع نفذ ، وإنما للبائع منعه إذا قام عند إرادة التصرف وقبل أن يتصرف بالفعل إذا أحضر
130/أ له الثمن ، وكل هذا إذا لم يضْربَا أجلًا ، كما نبّه / عليه البناني ، ذكره في المجموع وضوء الشموع ، وتمام الكلام هناك ، نعم يجوز شرط إن بعتها فأنا أحق بها في

= النكاح ولم ير لها شيئًا ومسألتك عندي مثله ، ولأنه إنما فرض لها صداقها ألف درهم ثم قال لها : إن خرجت بك من الفسطاط زدتك ألفا أخرى فله أن يخرجها ولا شيء عليه ، ألا ترى لو أن رجلًا قال لامرأته : إن أخرجتك من هذه الدار فلك ألف درهم فله أن يخرجها ولا شيء عليه المدونة 171/2 .

(1) قاعدة : ما كان من الهبات لمعين على جهة اليمين لا يقضى به .

(2) مثبت على هامش الأصل .

(3) الثنيا : الثنيا من الجزور : الرأس والقوائم ، وسميت بذلك لأن البائع يستثنيها إذا باع الجزور . لسان العرب (ثني) (517) . وجاء في مواهب الجليل للحطاب قوله : ومن الشروط المناقضة بيع الثنيا وهو من البيوع الفاسدة قال في كتاب بيوع الآجال من المدونة : ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له لم يجز ذلك ؛ لأنه بيع وسلف . قال سحنون : بل سلف جر منفعة ا هـ . قال أبو الحسن : هذا الذي يسمى ببيع الثنيا ... وقال في معين الحكام قبل فصل الخيار بيسير . ولا يجوز بيع الثنيا وهو أن يقول : أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا أو متى ما أتيتك فالبيع مصروف عني ويفسخ ذلك مالم يفت بيد المبتاع فيلزمه القيمة يوم قبضه وفوت الأصل لا يكون إلا بالبناء ولاهدم والغرس ونحو ذلك وهذا هو المشهور من المذهب . مواهب الجليل 373/4 .

(4) سبق لهما ترجمة .

الإقالة ، بأن باع زيد لعمرو سلعة ، وطلب زيد الإقالة من عمرو ، فقال عمرو : أقلتك على شرط إن بعتها لغيري فأنا أحق بها ؛ فهذا الشرط جائز معمول به ؛ لأن الإقالة معروف فيغتفر فيها مالا يغتفر في البيع [1] ، كذا في المجموع وشرحه ، فما أفاده البند من صحة هذه الصورة مناسب لمسألتي التطوع والإقالة ، وحينئذٍ فللبند مناسبة واضحة بالمذهب في الصورتين .

بند 1169 – ويكون الشرط شرط صدفة إذا كان معلقًا على مجرد المصادقة ومشيئة الله تعالى مما يقع من غير أن يكون للمتعاقدين فيه سبب ولا اختيار [2] .

404 * في الحطاب الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له حكمه حكم الالتزام المطلق [3] فيقضى به إذا وجد المعلق عليه إن كان الملتزم له معينًا وإلا فلا ، وفروعه كثيرة منها ما هو من باب النذر المعلق نحو : إن شفى الله مريضي فلك ألف درهم يقضى بذلك على قائله . اهـ [4] . فالبند يوافق المذهب إلا أن التسمية لا تعرف في المذهب وإن كانت صحيحة .

بند 1170 – ويكون الشرط معلقًا على مشيئة أحد العاقدين أو هما معا إذا كان معلقًا على حادثة يكون / وقوعها وعدم وقوعها بإرادة أحد العاقدين . راجع بند 944 ، وبند 1086 ، وبند 1174 مدني [5] . 130/ب

405 * تقدم في عبارة الشيخ أصيل أن من قال : إن قدمت عليّ فلك ألف درهم ، يقضى عليه بها ؛ لأن هذه عطية محضة غير متعلقة بيمين ولا معاوضة . اهـ . ومثله فيما يظهر قول أحد المتعاقدين للآخر : إن دخلنا مكة فلك ألف درهم ، فالبند موافق للمذهب .

بند 1171 – ويكون الشرط مختلطًا إذا كان معلقًا في آنٍ واحدٍ على مشيئة أحد العاقدين ومشيئة أجنبي خارج العقد ، أو على الصدفة [6] .

(1) قاعدة : الإقالة معروف فيغتفر فيها ما لا يغتفر في البيع .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 160/1 وما بعدها .

(3) قاعدة : الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملزم له ، حكمه حكم الالتزام المطلق .

(4) راجع في مواطن متفرقة : تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص 61 إلى ص 80 حُقِّقَ في رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة باسم الباحث عبد السلام محمد الشريف ، ونقله الشيخ عليش في فتح العلي المالك 1 / 217 وما بعدها – طبعة الحلبي .

(5 ، 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 261/1 .

406 ** قال الدسوقي أوائل باب النذر عن البناني حاصل مالهم في الطلاق أن التقييد فيه بمشيئة الله لا ينفع وأنه يلزمه [1] ، سواء كان شرطًا نحو : إن شاء الله أو كان استثناءًا نحو : إلا أن يشاء الله ، وأن التقييد فيه بمشيئة الغير نافع لتوقف لزومه على مشيئة ذلك الغير سواء كان شرطًا نحو : إن شاء فلان ، أو كان استثناء نحو : إلا أن يشاء فلان ، وأن التقييد فيه بمشيئته فهو غير نافع إن كان استثناء نحو : إلا أن يبدو لي ، هذا إذا كان الطلاق مطلقًا أو معلقًا وجعل الاستثناء راجعا للمعلق أو لكل من المعلق والمعلق عليه ، أما إن جعل راجعًا للمعلق عليه فقط فإنه ينفع ، كما
131/أ ينفعه إن كان شرطًا نحو إن شئت ؛ فيتوقف لزومه على مشيئته على/ المنصوص في [2] المدونة كما نقله في الطلاق عند قوله : بخلاف إلا أن يبدو لي إلخ [3] .

ومثل الطلاق في ذلك التفصيل العتق ، ولم أر نقلًا مصرحًا بذلك في باب النذر ، والظاهر أن جميع التفصيل المذكور في الطلاق والعتق يجري هنا في النذر خلافًا لما يظهر من كلام عبد الباقي [4] من الفرق بينهما ؛ فالمسألة في كل من البابين على طرفين وواسطة . اهـ البنان [5] . ولا يخفى أن النذر من قبيل العقود [6] ، فحيث كان صحيحًا مع التعليق بقوله : إن شئت ، فأولى أن يصح مع التعليق بمشيئته ومشيئة أجنبي ، وأما تعليق العقد على الصدفة فقد تقدم صحته ، فما أفاده البند من صحة تعليق العقد على مشيئة أحد العاقدين مع أجنبي مناسب للمذهب ، وما أفاده من صحة تعليق العقد على الصدفة موافق للمذهب في الهبة ، مناسب له في نحوها من الالتزامات .

بند 1172 – كل عقد معلق على شرط مستحيل النفوذ أو مخالف العوائد الحسنة والأخلاق ومخل بالأدب والحياء أو محظور فهو باطل ، وكل ما ترتب عليه من الأحكام والاتفاقات فهو باطل أيضًا . راجع بند 6 ، وبند 686 ، وبند 815 وبند 900 ، وبند 946 مدني [7] .

---

(1) قاعدة : التقييد في الطلاق بمشيئة الله لا ينفع ويلزمه .
(2) حاشية الدسوقي بنصه 161/2 .
(3) حاشية الدسوقي 161/2 .
(4) المراد به عبد الباقي الزرقاني وقد سبقت له ترجمة .
(5) مذكور بنصه عن البناني في حاشية الدسوقي 2 / 162 .
(6) قاعدة : النذر من قبيل العقود .
(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 261/1 .

407 * لا يحنث من علق الطلاق بمستقبل ممتنع عقلًا أو عادة أو شرعًا في صيغة بر ، نحو أنت طالق إن جمعت بين الضدين / ، أو إن لمست السماء أو شاء هذا الحجر ، 131/ب أو إن زنيت ، بخلاف صيغة الحنث في الجميع نحو : إن لم أجمع بين الضدين وهكذا ، قاله الدردير [1] . ومنه يظهر أن العقود المعلقة بالمستحيل إن كانت مما يقبل التعليق لا تنعقد [2] ، وفي أوائل الباب الثالث من التزامات الحطاب ما نصه : ما لا يجوز له فعله : لا يجوز أخذ الجعل عليه كالجعل على الحرام سواء كان فعلا أو قولًا ، كما إذا قال له : إن شربت هذا الإناء من الخمر فلك كذا ، وإن سَبَبْت فلانًا فلك كذا ، وفي الباب المذكور : الالتزام المعلق على فعل محرم على الملتزم له كقوله : إن قتلت فلانًا أو شربت الخمر فلك كذا ، وحكمه أن ذلك غير لازم [3] . اهـ . فتحصل أن العقد على المستحيل والمحظور باطل [4] فما ينبني عليه كذلك ؛ فالبند موافق للمذهب في المعلق على المستحيل والمحظور ، وفيما يترتب من الأحكام على كل منهما .

بند 1173 – التعليق على عدم فعل المستحيل لايبطل العقود المشروط فيها ، وإنما يكون الشرط كلا شيء ، ويكون المشروط عليه صحيحًا [5] .

408 * تقدم قبل ما يفيد أن من أتى بصيغة حنث في مستحيل ينجز عليه الطلاق ، نحو : إن لم أجمع بين وجودك وعدمك ، أو بين الضدين ، أو إن لم أمس السماء ، أو إن لم أزْنِ فأنت طالق ؛ فيؤخذ منه أن من علق عقدًا بشيء مما ذكر / 132/أ ونحوه فالعقد صحيح منعقد ، ولا تأثير للتعليق ؛ فالبند موافق للمذهب .

بند 1174 – يكون العقد فاسدًا إذا كان معلقًا على محض مشيئة الجانب الملزوم ، كأبيعك داري إذا لم أهبه لآخر . راجع بند 944 ، وبند 1086 ، وبند 1170 مدني [6] .

409 * لا يؤخذ هذا على عمومه ؛ فإن النذر من قبيل العقود ويصح تعليقه على

---

(1) الشرح الكبير للدردير 394/2 .

(2) قاعدة : العقود المعلقة بالمستحيل إن كانت مما يقبل التعليق لا تنعقد .

(3) قال الحطاب في الموضع المذكور :

« الالتزام المعلق على فعل محرم كقوله : إن قتلت فلانًا أو شربت الخمر فلك كذا وكذا ، وحكم ذلك أنه غير لازم لمن التزمه ؛ لأنه إعانة على معصية وترغيب في فعلها ، وذلك محرم ؛ فلا يلزم من التزمه » .

راجع « تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص 207 ، ص 208 » .

(4) قاعدة : العقد على المستحيل والمحظور باطل . (5 ، 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني261/1 .

مشيئة الناذر كما علمت ، فالبند يناسب المذهب في العقود التي لا تقبل التعليق أصلا كالبيع كما نص عليه عبد الباقي أوائل البيوع .

بند 1175 – يصح العقد على الوجه الذي يظهر أن كلًّا من الجانبين قصد التراضي عليه . راجع بند 1135 ، وبند 1156 وما بعده مدني [1] .

410 ** ذكر الحطاب عند قول المصنف أوائل البيوع : وأجبر على إخراجه بعتق أو هبة عشرة مواضع يجبر الرجل على بيع ماله فيها [2] ؛ على أن البيع مع الإكراه غير الشرعي صحيح غير لازم [3] ، وكذا سائر العقود كما مر في الكلام على بند 1109 ، فالبند إنما يناسب المذهب في عدم لزوم العقد المكره عليه إكراهًا غير شرعي .

بند 1176 – إذا علق العقد على وقوع حادثة في زمن محدود فلا يفسد إلا إذا
132/ب مضى الزمن المعلوم ولم تقع / الحادثة ؛ فإذا كان الزمن غير محدود تم الشرط وصح العقد المشروط لذلك ، ولا يفسد المشروط عليه إلا إذا استبان اليأس من وقوع تلك الحادثة . راجع بند 1040 ، وبند 1041 مدني [4] .

411 * تقدم في بند 1040 أن من كان مريضًا أو مسافرًا وقال : إن مت في مرضي أو سفري فلفلان كذا فلم يمت بأن صح من مرضه أو قدم من سفره فإن الوصية تبطل ؛ فيؤخذ منه أن من قال لغيره : إن قدم زيد في هذا الشهر فلك كذا هبة ، فإنه يلزمه إن قدم كما قال ، فإن مضى الشهر ولم يقدم فلا شيء له ، وفي

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 261/1 .

(2) هذه المواضع – كما ذكرها الحطاب عن ابن رشد « الجد » – هي :
الأول : الكافر يجبر على بيع عبده المسلم . الثاني : الكافر يجبر على بيع المصحف . الثالث : مالك الماء يجبر على بيعه لمن به عطش ؛ فإن تعذر الثمن أجبر من غير ثمن . الرابع : من انهارت بئره وخاف على زرعه الهلاك يجبر جاره على سقيه بالثمن ، وقيل : بغير ثمن . الخامس : المحتكر يجبر على بيع طعامه . السادس : جار الطريق إذا أفسد السبيل يؤخذ مكانها بالقيمة . السابع : إذا ضاق المسجد يجبر جاره على بيع ما يوسع به . الثامن : صاحب الفدان في رأس الجبل إذا احتاج الناس أن يتحصنوا فيه . التاسع : صاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان فإن لم يدفعها إليه جار على الناس وأضرّ بهم ؛ فإنه يجبر على دفعها لارتكاب أخف الضررين . العاشر : إذا أسر الرجل بيد العدو ، وامتنع الذي هو عنده من قبول الفداء إلا أن يدفع إليه عبد رجل معين فأبى صاحبه من بيعه إلا بأضعاف ثمنه ؛ فإنه يؤخذ منه بالأكثر من قيمته . « مواهب الجليل للحطاب 255/4 » .

(3) قاعدة : البيع مع الإكراه غير الشرعي صحيح غير لازم .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 261/1 ومابعدها .

التزامات الحطاب من الباب الرابع : ومن قال لعبده أنت حر إن قدم أبي فذلك يلزمه ولا يعتق عليه إلا أن يقدم أبوه . قال مالك : ويوقف لينظر أيقدم أبوه أم لا . اهـ . أي فإن أيس من قدومه لم يوقف فيتصرف فيه بما يسوغ شرعًا ؛ فتحصل أن من علق هبة مثلًا على وقوع شيء في زمنٍ محدودٍ ومضى الزمن ولم يقع المعلق عليه فإن التعليق يلغى [1] ، ومن علق عتقًا على شيء في زمن غير محدود ثم أيس من وقوع المعلق عليه فإن المعلق يلغى ، فالبند مناسب للمذهب في كل من التعليقين .

بند 1177 – إذا كان العقد معلقًا على شرط كون حادثة كذا لا تقع في وقت كذا صح العقد بمجرد مضي هذا الزمن / المعلوم ولم تقع فيه الواقعة ، وكذلك 133/أ
يصح قبل مضي ذلك الزمن إذا حدث ما يفيد أن هذه الحادثة لا تحصل أبدًا ؛ فإذا كان العقد معلقًا على زمن أيًّا ما كان فلا تتعين صحة العقد إلا إذا علم أن هذه الحادثة صارت لا وقوع لها أصلًا [2] .

412 * ذكر الحطاب في الباب الثالث من التزاماته : قال مالك فيمن أسقطت عن زوجها صداقها على أن لا يتزوج عليها فطلقها بحضرة ذلك ؛ فلها أن ترجع عليه [وإن طلقها بعد ذلك فيما يرى أنه لم يطلقها لمكان ذلك لم ترجع عليه] [3] اهـ – المراد منه [4] . وتمامه هناك ، ويظهر أنه لا فرق بين الإطلاق والتقييد ؛ فلو أسقطت على أن لا يتزوج عليها في مدة سنة ومضت السنة ولم يتزوج لم ترجع عليه ، وكذا إذا أسقطت على أن لا يتزوج فلانة فماتت فلانة لم ترجع عليه ، وأولى إذا أسقطت على أن لا يتزوج فلانة في هذه السنة فماتت فلانة قبل انقضائها ، فالبند مناسب للمذهب بجميع صوره .

بند 1178 – كل شرط يعتبر كأنه واقع وتم به العقد إذا كان تنفيذه مطلوبًا من المشترط عليه فسعى في منع وقوعه [5] .

413 * الظاهر أن في عبارة البند تقديمًا وتأخيرًا ، والأصل : كل شرط كان تنفيذه

(1) قاعدة : من علق هبة مثلها على وقوع شيء في زمن محدود ومضى الزمن ولم يقع المعلق عليه فإن التعليق يلغى .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 262/1 . (3) مثبت بهامش الأصل .
(4) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص 116 وما بعدها بمعناه ، حُقِّق في رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة باسم الباحث عبد السلام محمد الشريف . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 262/1 .

مطلوبًا من المشترط عليه فسعى في منع وقوعه ، فإنه يعتبر كأنه واقع وتم به العقد [1] ، 133/ب كما إذا قال / : إن قدم زيد في هذا الشهر فلك كذا هبة ، ثم سعى في منع قدوم زيد في الشهر المذكور كأن أرسل له تحيُّلًا على نفي الإلزام كتابًا بعدم القدوم . في الدردير من الزكاة : من هرب ببيع ماشية ويتبين هروبه بإقراره أو بقرائن الأحوال ، كانت لتجارة أو قنية باعها بنوعها أو غيره ، أو بعرض أو نقد وهي نصاب أخذ بزكاتها عملًا له بنقيض قصده ، ولو وقع البيع قبل الحول بقرب كالشهر على الأرجح لا ببعد [2] ؛ فإن قيس ما في البند من السعْي على الهروب من الزكاة كان البند موافقا للمذهب ، لكن يمكن الفرق بينه وبين الزكاة بأن مجيء الحول في الزكاة معلوم لا محالة ، بخلاف حصول الشرط ؛ فمن فَرّ من الزكاة إنما فر من أمر محقق بخلاف الشرط وهو القدوم فمشكوك أو مظنون غير قوي ، ألا ترى أنهم ألغوا المنع من زرع العنب لأجل الخمر ، والتجارة في المساكن خشية الزنا ؛ فجعلوا ذلك ذريعة أجمع على إلغائها كما في عبد الباقي أول فصل بيوع الآجال ، وما ذاك إلا لبعد الوسيلة وما يترتب عليها ؛ بدليل أنهم منعوا بيع العنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذه ناقوسًا ، والأرض لتتخذ كنيسة أو خمارة كما في الدسوقي [3] عند قول المصنف أول البيوع : ومنع بيع مسلم ومصحف إلخ . وما 134/أ هذا إلا لقرب الوسيلة / والمترتب عليها ، لظنه حينئذٍ ظنًّا قويًّا جدًّا ، والظاهر أن السعي في عدم وقوع الشرط إنما هو من قبيل زرع العنب لأجل الخمر فهو لغو ، ولا يقتضي معاملة الساعي في منع وقوعه بنقيض قصده وهو الإلزام فلينظر .

بند 1180 – يجوز للمشروط له قبل حصول ذلك الشرط أن يفعل جميع الأفعال التي يحفظ بها حقوق ما اشترط له . راجع بند 777 ، وبند 1166 مدني [4] .

---

(1) قاعدة : كل شرط كان تنفيذه مطلوبا من المشترط عليه فسعى في منع وقوعه فإنه يعتبر كأنه واقع وتم به العقد .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير : (ومن هرب) أي فر من الزكاة (بإبدال) أي بيع (ماشية) ويعلم خروجه بإقراره أو بقرائن الأحوال كانت لتجارة أو قنية أبدلها بنوعها أو بغيره أو بعرض أو نقد وهي نصاب (أخذ بزكاتها) عملًا له بنقيض قصده لا بزكاة المأخوذ ولو أكثر لعدم مرور الحول (ولو) وقع الإبدال (قبل الحول) بقرب كقرب الخليطين كما يأتي (على الأرجح) لا يبعد فإن كان المبدل دون النصاب لم يتصور هروبه وإنما ينظر للبدل ويكون من قبيل قوله كمبدل ماشية تجارة . الشرح الكبير 437/1 .

(3) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 7/3 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 262/1 .

414 * في التزامات الحطاب من الباب الرابع : إذا علق الملتزم الالتزام على أجل معين كقوله : بعد سنة أو شهر أو عشر سنين وكان الشيء الذي التزم إعطاءه معينًا كالعبد والدابة والثوب فإنه يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه ، وهذا بخلاف ما إذا علق الالتزام على أجل مجهول كقوله : إذا جاء أبي أو فلان الغائب فإنه لا يمنع من البيع . اهـ . وربما يؤخذ من هذا أن الملتزم في الصورة الأولى عليه حفظ ما التزمه ؛ فلو ضاع أو تلف بتفريطه لزمه قيمته أو مثله ؛ لأنه إذا كان ممنوعًا من التصرف الشرعي فيما التزمه فهو ممنوع بالأولى من التفريط فيه الموجب للتلف أو الضياع ، ثم رأيت في شرح أصيل عند قول المصنف : أو استولد ولا قيمة : أن الواهب لو قتل الموهوب بعد الهبة فللموهوب له القيمة وهو يؤيد ما قلنا ؛ إذْ معلوم أن الالتزام من قبيل الهبة ؛ فما هلك بسبب الملتزم مثل ما يهلك بسبب / الواهب [1] . وفي 134/ب التزامات الحطاب من الباب الثالث قال في رسم سلف من سماع عيسى [2] من كتاب الأيمان بالطلاق في رجل قال لامرأته : إن ولدت غلَامًا فلكِ مائة دينار ، وإن ولدت جارية فأنت طالق قد وقع عليه الطلاق ، أي أن الحكم يوجب أن يعجل عليه ، لا أنه وقع بنفس اللفظ حتى أنه لو مات أحدهما بعد ذلك لم يتوارثا ، وأما المائة دينار فلا أرى أن يقضى عليه بها ؛ لأنه ليست ها هنا بصدقة ولا هبة ولا على وجه ذلك ، والأظهر من هذا اللفظ التبتيل [3] ، وأن يحمل على أنه أراد بذلك في مالي مائة دينار عطية ؛ فيحكم لها عليه بها ما لم يذهب أو يمت أو يفلس . اهـ . المراد منه ولا يقال يؤخذ من إطلاق قوله : ما لم يذهب أنه إن ذهب ولو بتفريط لا يلزمه شيء ، وهذا خلاف ما أخذ مما قبل ؛ لأنا نقول : قد يفرق بأن موضوع ما هناك التزام بشيء معين من مقوم أو مثلي فيؤمر بحفظه بعينه ، ويترتب على التفريط فيه ما ذكر ولا كذلك هنا ، وليحرر فالمذهب أقوى من البند .

---

(1) قاعدة : ما هلك بسبب الملتزم مثل ما يهلك بسبب الواهب .

(2) المراد به عيسى بن دينار ، وقد سبقت له ترجمة .

(3) التبتيل : هو الانقطاع عن الدنيا . فالبتل : القطع . انظر لسان العرب (بتل) (207) .

الفرع الثاني

« في الكلام على الشروط التعليقية »

بند 1181 – العقود بشرط تعليقي هي المعلقة إما على حادث مستقبل غير محقق أو على حادث وقع حال العقد ولكن جهل وقوعه للمتعاقدين . راجع بند 1168 ، وبند 1176 ، وبند 1584 ، وبند 1588 ، وبند 2125 ، وبند 2257 مدني / [1] . 135/أ
وفي الحالة الأولى : لا يمكن تنفيذ العقد إلا بعد وقوع الحادث ، وفي الحالة الثانية تثبت أحكام العقد من اعتبار الزمن الذي شرط فيه ذلك [2] .

415 * الصورة الأولى من هذا البند موافقة للمذهب كما يعلم مما مر في الكلام على بند 1168 وما بعده ، والثانية لا تأباها قواعد المذهب فيما يظهر نحو : إن كان قد قدم زيد في بلد كذا فلك كذا هبة ، فالظاهر أن البند جميعه موافق للمذهب .

بند 1182 – إذا كان الإلزام قد وقع بشرط تعليقي فإن ما شرط الالتزام به إذا تلف منه شيء ضمنه الملتزم ؛ حيث إنه شرط على نفسه أنه لا يستلم منه إلا في صورة ما إذا وقع المعلق عليه ؛ فإذا هلكت عين ذلك الشيء الملتزم به بالكلية من غير أن يكون الملتزم سببًا في ذلك فسخ العقد . راجع بند 1234 ، وبند 1302 ، وبند 1303 مدني [3] ، وإذا حصل فيه خلل أو تغيير بعيب من غير أن يكون ذلك من طرف الملتزم كان صاحب الدين مخيرًا ؛ إما أن يفسخ العقد أو يطلب الشيء في الحالة التي هو عليها بدون نقص قيمته ، وإذا كان ما حدث من الخلل أو العيب حاصلًا بتقصير الملتزم كان المشروط له مخيرًا بفسخ العقد أو بتسلم المعقود عليه في الحالة التي هو عليها وأن يدفع له أرش العيب / . راجع بند 1136 ، وبند 1146 ، 135/ب
وبند 1149 ، وبند 1234 ، وبند 1383 مدني [4] .

416 * قد تقدم الكلام على بند 1180 أنه ربما يؤخذ من عبارة الحطاب المذكورة أول الكلام أن الملتزم عليه حفظ ما التزمه ؛ فلو ضاع أو تلف بتفريطه لزمه قيمته أو مثله ، ويؤخذ منه أيضًا حكم ضياع الكل أو تلفه بلا تفريط ، وحكم ضياع البعض أو تلفه بتفريط وبدونه

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 262/1 .
(2) السابق 262/1 وما بعدها .
(3) السابق .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 263/1 .

بموافقة الأحكام المذكورة في البند ؛ فالبند موافق للمذهب بناء على ما ذكر .

الفرع الثالث

« في الشروط الفسخية التي بها ينحل العقد »

بند 1183 – الشرط الفسخي (1) هو الذي بحصوله ينفسخ الالتزام وتصير به الأشياء الملتزم بها كأنها لم يقع بها التزام أصلًا وتعود إلى حالتها الأولى . راجع بند 1176 ، وبند 1234 ، وبند 1584 ، وبند 1610 ، وبند 1654 إلى بند 1658 ، وبند 2125 مدني . فالشرط الفسخي لا يعلق العقد على النفوذ أبدا [2] ، بل يجبر الملتزم له على رد ما قبضه فورًا في صورة ما إذا كانت الحادثة المشروطة للرد قد حصلت [3] .

417 * تلزم العارية المقيدة بعمل كإعارة أرض لزرعها بطنًا أو أكثر مما لا يخلف كقمح ، أو يخلف كبرسيم وقصب ، أو بأجل كسكنى دار شهرًا ؛ لانقضاء ما ذكر من العمل أو الأجل [4] ؛ فبالانقضاء تعود العارية إلى حالتها / الأولى ، ولا 136/أ يشترط في صحة الوقف التأبيد [5] ؛ فيصح وقف ما يملكه مدة ثم يرجع ملكا ، ولذا قال المصنف والدردير أول الباب : صح وقف مملوك وإن كان ملكه بأجرة كدار استأجرها مدة معلومة ؛ فله وقف منفعتها في تلك المدة ، وشمل قوله بأجرة : من استأجر دارًا محبسة مدة فله تحبيس المنفعة على مستحق آخر غير المستحق الأول في تلك المدة ؛ فبانقضاء المدة يعود الموقوف إلى حالته الأولى [6] ؛ فانقضاء

---

(1) الفسخي : الفسخ بمعنى النقض يقال : فسخت البيع أي نقضته . لسان العرب (فسخ) (3412) .

(2) قاعدة : الشرط الفسخي لا يعلق العقد عن النفوذ أبدًا .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 263/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير وقوله (ولزمت المقيدةُ بعمل) كإعارة أرض لزراعتها بطنًا أو أكثر مما لا يخلف كقمح أو يخلف كبرسيم وقصب (أو أجل) كسكنى دار شهرًا مثلًا (لا انقضائه) أي ما ذكر وهو العمل في الأولى والأجر في الثانية (وإلا) تقيد بواحد منهما كإعارة ثوب ليلبسه أو أرض ليزرعها أو دار ليسكنها (فالمعتاد هو اللازم وهو ما جرت العادة بأنه يعار إليه فليس لربها أخذها قبله ؛ لأن العرف كالشرط ، ولكنه ينافي قوله وله الإخراج في كبناء إلخ فإنه يقتضي أن له ذلك بشرط الآتي على أن الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب . الشرح الكبير 349/3 .

(5) قاعدة : لا يشترط في صحة الوقف التأبيد .

(6) الشرح الكبير ومختصر خليل وحاشية الدسوقي 4 / 75 وما بعدها .

العمل أو الزمن يوجب على [المستعير] [1] أو الموقوف عليه رد ما قبضه فورًا من العارية أو الموقوف ، فالبند مناسب للمذهب .

بند 1184 – وكثيرًا ما توجد الشروط الفسخية ضمنًا في العقود الملزوم بها الجانبين في حالة ما إذا لم يوف أحدهما بما اشترط على نفسه ، فهي شروط تؤخذ من مفاهيم العقود . راجع بند 1610 ، وبند 1654 وما بعده ، وبند 1741 مدني [2] . ففي هذه الحالة : لاحق في فسخ العقد بذلك ، بل إذا لم ينفذ أحد الجانبين ما التزم به من الشروط كان الآخر مخيرًا إما أن يجبره على تنفيذ ما التزم به إذا كان ممكنًا ، أو يطلب منه فسخ العقد ودفع الأضرار . راجع بند 1142 ، وبند 1146 ، وبند 1148 مدني [3] . وطلب فسخ العقد بهذه المثابة يكون بالترافع والتداعي ، ولا مانع
136/ب للقاضي في مثل هذه الواقعة أن يضرب / للمدعى عليه أجلًا على حسب مقتضيات الأحوال . راجع بند 1185 وما بعده ، وبند 1244 مدني [4] .

418 * في الحطاب عند قول المصنف في فصل الربويات : كشرط رهن أي يصح بيع السلعة بثمن مؤجل على شرط رهن ؛ فإن كان الرهن معينًا أجبر المشتري على أن يدفعه للبائع إن امتنع ، وإن كان غير معين ففي المدونة من باب البيوع الفاسدة أن شرطه يجوز وعليه رهن ثقة [5] ، وقال ابن الحاجب في باب الرهن : ويخير البائع وشبهه في غير معين ، قال في التوضيح : يعني من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهنًا به ؛ فإن كان الرهن المشترط غير معين وأبى المشتري من دفعه خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه [6] ، ومثل ذلك في المدونة من باب الرهون . اهـ [7] بتصرف . فعلى قول ابن الحاجب

---

(1) في الأصل : [المعير] ، والصواب ما أثبتناه . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 263/1 وما بعدها .
(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 264/1 .
(5) جاء في المدونة الكبرى (قلت) أرأيت إن اشتريت سلعة إلى أجل على أن أعطيه بالثمن رهنًا ولم أسم له الرهن أيجوز هذا البيع أم لا ؟ (قال) هذا البيع جائز وعليه أن يعطيه ثقة من حقه رهنًا ؛ لأنه من اشترى على أن يعطي رهنًا فإنما الرهن في ذلك الثقة ولم يقع الثمن على شيء من الرهن فيفسد البيع فالبيع جائز . المدونة 221/3 .
(6) جاء في المدونة الكبرى : أرأيت إن بعت رجلا سلعة إلى سنة على أن يعطيني منه رهنًا وثيقة من حقي قضيت معه فلم أجد عنده رهنًا (قال) أنت أعلم إن أحببت أن تمضي البيع بلا رهن وإن شئت أخذت سلعتك ونقضت البيع . المدونة 167/4 . (7) نقل هذه الأقوال الحطاب في كتابه مواهب الجليل 376/4 .

قد أخذ الفسخ من مفهوم الشرط ، وتقدم في الكلام على بند 1109 أن تصرية الحيوان كالشرط المصرح به فله الرد بذلك ؛ لأنه غرر فعلي ، بخلاف القولي ؛ وحينئذٍ : فمتى شرط كثرة اللبن حقيقة بالقول أو حكمًا بالفعل ولم يوف البائع بما اشترط على نفسه بأن وجد المبيع بخلاف الشرط فللمشتري الرد والفسخ ؛ فها هو الفسخ أخذ من مفهوم الشرط ، فالبند مناسب للمذهب / جدًّا إلا قوله : إما أن 137/أ يجبره إلى ممكنًا ، وقوله : ودفع الأضرار ، وقوله : ولا مانع للقاضي إلخ .

الفصل الثاني

« في الكلام على الالتزامات المضروب لها آجال معلومة »

بند 1185 – يختلف الأجل عن الشرط بكون الأجل لا يوقف الالتزام أو لا يعلقه ، وإنما يؤخر تنفيذه مدة من الزمن . راجع بند 1134 ، وبند 1258 ، وبند 1888 ، وبند 1899 ، وبند 1902 ، وبند 2257 مدني [1] .

419 * معلوم أن من اقترض أو اشترى شيئًا لأجل فإن الأجل لا يوقف الالتزام [2] لحصوله عند القرض أو عقد الشراء ، ولا يعلقه ، وإنما هو غاية للإيفاء فيؤخر تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحد الجانبين مدة من الزمن وهي مدة الأجل ، فالبند على هذا الحل موافق للمذهب .

بند 1186 – كل إلزام مؤخر إلى أجل معلوم لا يمكن طلبه قبل وفاء ذلك الأجل ، لكن ما عجل المديون دفعه قبل حلول الأجل لا يدفعه ثانيا بعد حلوله . راجع بند 1235 ، وبند 1888 ، وبند 1899 ، وبند 1902 ، وبند 1944 مدني [3] .

420 * موافق للشرع موافقة جلية كما هو معلوم .

بند 1187 – يعتبر الأجل دائما لمصلحة المدين الملتزم ما لم يحصل اتفاق على أنه لمصلحة الدائن بالمشارطة أو لمقتضيات الأحوال . راجع بند 1244 ، وبند 1258 وبند 1911 مدني ، وبند 146 تجاري [4] .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 264/1 .

(2) قاعدة : من اقترض أو اشترى شيئًا لأجل فإن الأجل لا يوقف الالتزام .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 264/1 .

137/ب **421** * معلوم أن القرض إنما يقصد به نفع المقترض لا المقرض / [1] ؛ فيحرم قرض العرض أو المثلي إذا عظم حمله ليأخذ بدله بموضع آخر ، ليدفع عن نفسه أجرة الحمل وغرر الطريق ، وتحرم السفتجة [2] وهي الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده ؛ إلا أن يعم الخوف ، أي يغلب على الظن الهلاك أو نهب المال في كل طريق فلا حرمة ؛ بل يندب للأمن على النفس أو المال ، بل وقد يجب ، ويحرم أيضا قرض مثلي أو عرض كرهت إقامته عند مالكه خوف تلف أو ضياع ليأخذ بدله في محل آخر إن جرى شرط بذلك أو عرف ، وإلا فلا حرمة ، كذا في الدردير والدسوقي من باب القرض [3] ؛ ففي هذه الصور إذا عين لهذا القرض أجل فإنما يقصد به نفع المقترض وذلك ممنوع بعلة النفع المذكور الموجب لمنع أصل القرض ؛ فصدر البند مناسب للمذهب ، أما عجزه فإنما يناسب المذهب في الأجل الذي لمصلحة رب الدين عند اقتضاء الحال المعتبر شرعًا وهو عموم الخوف .

بند 1188 – إذا أفلس المدين أو حصل منه ما يضعف اعتماديته والوثوق بأمانته بالنسبة لما التزم به في العقد ؛ فلا حق له في طلب تمام الأجل المسمى ، ولا أن يمهل للميعاد المذكور . راجع بند 1613 ، وبند 1913 ، وبند 2032 ، وبند 2037 ،
138/أ وبند 2131 مدني ، وبند 124 محاكمات ، وبند 437 ، وبند 444 تجاري / [4] .

422 ** يحل بفلس المدين بالمعنى الأخص ما أجل عليه من الدين لخراب ذمته حينئذٍ ما لم يشترط المدين عدم حلوله به ، ولو كان الدين المؤجل على المفلس دين كراء لدار أو دابة أو عبد وجيبة لم يستوف المنفعة فيحل بفلس المكتري ، وللمكرى أخذ عين شيئه ، وإما المشاهرة [5] فإن الكراء فيها حال بنفسه إذْ لكل من المتكاريين حله عن نفسه متى شاء ولا كلام للآخر ، كذا في الدردير والدسوقي في بابي

(1) قاعدة : القرض يقصد به نفع المقترض لا المقرض .

(2) السفتجة : بفتح السين وضمها ، وسكون الفاء وفتح التاء ، وفتح الجيم لفظة أعجمية معناها : الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده ويحتمل أنه مثال لما جر منفعة (الشرح الكبير للدردير 225/3 ، 226) * قال الدسوقي : السفتجة : هي المسماة الآن بالبالوصة . (حاشية الدسوقي 225/3) .

(3) راجع : الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 225/3 ، 226 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 264 وما بعدها .

(5) المشاهرة : المعاملة شهرًا بشهر كالمعاومة من العام . انظر لسان العرب (شهر) .

الفلس[1] وكراء الحمام[2] ؛ فما في البند من حكم المفلس موافق للمذهب .

الفصل الثالث

« فيما يتعلق بالالتزامات التخييرية »[3]

بند 1189 – كل ملزوم لزوم تخيير بدفع أحد شيئين تبرأ ذمته بدفع أحد الشيئين المخير بينهما في ذلك العقد . راجع بند 1129 مدني .

423 * يتضح أمر هذا البند بالكلام على ما بعده ؛ حيث إن ما بعده إيضاح له وتقييد لإطلاقه .

بند 1190 – وإذا كان في العقد تخيير مطلق كان الخيار للمشترط عليه ما لم يكن مشروطًا بوجه صريح أنه للمشترط له . راجع بند 1162 مدني[4] .

424 ** الظاهر أن صورة البند أن يقول شخص لآخر : إن قدم زيد فلك عبدي أو داري هبة بهذا الإطلاق في الخيار ؛ فإن قدم زيد كان الخيار للملتزم وهو المشترط عليه ، فإن وجد تصريح بخيار الملتزم له وهو المشترط له عمل به ، كأن يقول له بعد ذلك والخيار لك . قال في المجموع وشرح المصنف / في باب الطلاق : 138/ب « ومهما جرى عرف عمل به قاعدة كلية كالقرائن[5] اهـ . ويظهر أن العرف جارٍ بموافقة ما في البند ؛ فإذا قال ما ذكر فهو مخير عند قدوم زيد بين أن يدفع له الدار أو العبد لا سيما وميل الفقهاء إلى تصديق الواهب والتيسير له ، ألا ترى أنه يصدق في دعواه طلب الثواب على هبته إذا خالفه الموهوب له ؛ إن شهد العرف له أو لم يشهد له ولا عليه ، ويصدق الموهوب له في حالة واحدة وهي ما إذا شهد له العرف ، كل هذا إذا قبض الموهوب له الهبة ، وإلا فالقول لربها مطلقًا ، ذكره الشيخ أصيل في باب الهبة عند قول المصنف : « وصدق واهب فيه إن لم يشهد

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 3 / 266 .

(2) جاء في الشرح الكبير : وجاز الكراء (مشاهرة) وهو عبارة عذرهم عما عبر فيه بكل نحو كل شهر بكذا أو كل يوم أو كل جمعة وكل سنة بكذا ولم يلزم الكراء (لهما) فلكل من المتكاريين حله عن نفسه متى شاء ولا كلام للآخر . الشرح الكبير للدردير 44/4 ، 45 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1195 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 296 في المقارنة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 265/1 .

(5) الشرح الكبير 380/2 .

عرف بضده » [1] . فأنت تراهم رجحوا جانب الواهب وما ذاك إلا لكونه مخرجًا عن ملكه فالتيسير بحاله أليق ، وحينئذٍ : فالبند موافق للمذهب .

بند 1191 – من التزم مخيرًا بأحد شيئين في ذمته لآخر برئت ذمته مما وعد به بتسلم أحد الشيئين ، غير أنه لا يجبر صاحب الحق المشروط له الخيار على قبول جزء من كل واحد من هذين الشيئين المخير في قبض أحدهما . راجع بند 1220 وبند 1221 مدني [2] .

425 * يعلم الكلام على هذا البند من الكلام على ما قبله .

بند 1192 – إذا ذكر في العقد التخيير في قبض أحد شيئين وكان أحدهما لا
139/أ يصح أن يلتزم به ولا يصح أن يكون موضوعًا / للإلزام رجع العقد إلى أصله وهو عدم التخيير ونفذ في الثاني فقط . راجع بند 1128 مدني [3] .

426 ** من تزوج امرأة على مائة وخمر مثلًا ، أو على مائة حالة ومائة مؤجلة بأجل مجهول ، كموت أو فراق مثلا فلها الأكثر من المسمى الحلال وصداق المثل ، ولو زاد على المعلوم والمجهول ، ولا ينظر لما صاحب الحلال من الخمر والمؤجل بأجل مجهول [4] ، فالبند يناسب المذهب في إلغاء غير المعتبر وعدم النظر إليه .

بند 1193 – يكون الالتزام المخير فيه بتسليم أحد شيئين عديم الخيار إذا كان أحد الشيئين المخير في أحدهما بدل الآخر قد تلف في يد الملتزم ؛ ولو كان سببا في إتلافه ، فيسلم الآخر ولا يجب أن تدفع قيمة ما تلف ، وإذا تلف الشيئان معًا وكان الملتزم هو السبب في إتلاف أحدهما لزمه أن يدفع قيمة ما تأخر تلفه . راجع بند 1042 ، وبند 1234 ، وبند 1302 وما بعده ، وبند 1601 مدني [5] .

427 * يؤخذ من الكلام على بند 1180 ما يوافق صدر هذا البند إلى قوله : في يد الملتزم مع تقييده قبل المبالغة وهو كون الملتزم ليس سببًا في إتلافه .

بند 1194 – في الصورة المذكورة في البند السابق إذا كان المشروط له هو المخير
139/ب في القبض فلا يخلو إما أن / يكون التالف أحد الشيئين أو هما جميعًا ؛ فإن كان

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 114/4 . (2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 265/1 .
(4) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 308/2 . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 265/1 وما بعدها .

التالف أحدهما من غير سبب من المشروط عليه كان لصاحب الدين الحق في أخذ الشيء الآخر الذي بقي ، وإن كان التلف بسبب المشروط عليه كان لصاحب الدين الخيار في أن يطلب ما بقي من الشيئين بدون تلف أو قيمة الشيء الذي تلف ، وأما إن تلف كل منهما فلا يخلو إما أن يكون المشروط عليه هو السبب في إتلاف الاثنين أو في إتلاف أحدهما فقط وعلى كلٍ فصاحب الحق مخير في طلب قيمة أيهما شاء . راجع بند 1302 ، وبند 1382 وما بعده مدني [1] .

428 * يؤخذ مما مر في الكلام على بند 1180 ما يوافق هذا البند من أوله إلى قوله : وأما إن تلف كل منهما ، وقوله : وعلى كل فصاحب الحق إلخ إنما يوافق منه صورة ما إذا كان المشروط عليه هو السبب في إتلاف الاثنين .

الفصل الرابع [2]

في الدين المشترك بين عدة شركاء كل منهم مفوض في استيفائه من الآخرين فوفاؤه فرض كفاية على الجميع إذا أداه أحدهم سقط عن الباقين »

بند 1196 – وتسري هذه الأحكام المذكورة في البنود المتقدمة في حالة ما إذا كان الالتزام التخييري في حق أكثر من شيئين [3] .

429 * من تأمل ما تقدم عرف حكم الالتزام التخييري في حق أكثر من اثنين .

بند 1198 – فمن كان عليه الحق لا شك هو مخير في دفعه لمن شاء من أعضاء الشركة ما لم يكن صدر له ما يقتضي حجز نصيب أحدهم ، ومع ذلك فإبراء أحد الشركاء المدين / من الحق لا ينفذ إلا في نصيبه فقط ولا يسري على 140/أ بقية الشركاء . راجع بند 1224 وبند 1282 وما بعده وبند 1365 مدني [4] .

430 * يظهر أنه إذا اشترك جماعة في دين كثمن مبيع باعوه صفقة واحدة فأبرأ أحدهم المدين من الدين فلا ينفذ إبراؤه إلا في نصيبه ، ولا يسري على نصيب بقية

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 266/1 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل الفرع الأول في تضامن الشركاء وتفويض بعضهم لبعض في قبض المعقود عليه وكذلك البنود 1197 ، 1199 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 267 .

(3) المرجع السابق . (4) السابق 267/1 .

الشركاء أخذًا مما قالوه في أحد الشريكين في دارٍ مثلًا إذا باع جميعها ؛ فإنما ينفذ بيعه في نصيبه دون نصيب شريكه كما أفاده الحطاب في الفرع السادس [1] عند قول المصنف في باب البيوع : وملك غيره على رضاه ؛ فالبند إنما يوافق المذهب في قوله : ومع ذلك فأبرأ أحد الشركاء إلخ .

الفرع الثاني [2]

« في تضامن الشركاء الملتزمين لتنفيذ معقود عليه على أنه يكون في ذمة كل واحد منهم بحيث إذا قام به أحدهم سقط الطلب عن الباقين »

بند 1200 – لا يكوِّن كل من الشركاء المتضامنين عهدة إلا إذا كانوا قد التزموا بشيء واحد بحيث يمكن إكراه كل واحد منهم على دفع جميع ذلك الشيء، ويكون وفاؤه من أحدهم وحده براءة لذمة الجميع . راجع بند 1222 ، وبند 1234 ، وبند 2202 مدني [3] .

431 * إذا اشترى اثنان شيئًا معينًا بينهما شركة وضمن كل واحد منهما الآخر في قدر ما ضمنه فيه فإن ذلك جائز ، وإن اقترض اثنان نقدًا أو عرضًا بينهما على أن كل واحد منهما ضامن لصاحبه جاز بشرط أن يضمن كلٌّ صاحبه في قدر ما ضمنه الآخر فيه وإلا منع ، ذكره / الدردير عند قول المصنف في الضمان : إلا في 140/ب
اشتراء شيء بينهما إلخ [4] .

(1) مؤدى هذا الفرع كما ذكره الحطاب :
« دار بين رجلين باع أحدهما من أجنبي نصفها على الإشاعة ، هل يقع بيعه على نصفه فينفذ ؟ أو يقع على نصفه ونصف شريكه فينفذ في نصيبه دون نصيب شريكه ؟ اختلف في ذلك » . مواهب الجليل للحطاب 272/4 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1205 ، 1207 ، 1209 ، 1210 ، 1212 ، 1215 ، 1216 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 169 ، 170 ، 171 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 267/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير : قوله (إلا في اشتراء شيء) معين (بينهما) شركة ويضمن كل منهما الآخر في قدر ما ضمنه فيه فإنه جائز (أو) في بيعه أي بيع شيء معين بينهما كما لو أسلمهما شخص في شيء وتضامنا فيه (كقرض ضمهما) أي اقتراضهما نقدًا أو عرضًا بينهما على أن كل واحد منهما ضامن لصاحبه فيجوز (على الأصح) بعمل السلف الشرط أن يضمن كل صاحبه في قدر ما ضمنه الآخر فيه وإلا منع . الشرح الكبير 341/3 .

فالبند يوافق المذهب حال استواء الحصص ، وضمان أحد الشخصين للآخر في قدر ما ضمنه الآخر فيه .

بند 1201 – قد يكون التعهد بالوفاء مشتركا بين اثنين وكل منهما ملزوم بالوفاء كالآخر ، ولو كان أحدهما ملزومًا بوفاء ذلك بطريقة أخرى زائدة عن الوفاء بالاشتراك في التعهد ، بأن التزم أحدهما التزامًا مقيدًا والتزم الآخر التزامًا مطلقًا ، أو كان أعطى لأحدهما مهلة إلى ميعاد معلوم ولم يضرب للآخر ميعاد . راجع بند 1168 ، وبند 1185 مدني [1] .

432 * قد يكون الدين مشتركًا بين اثنين متضامنين كما مر ، ويكون ضمان أحدهما بوجه ليس هو لضمان الآخر ، بأن ضمن أحدهما واشترط أن لا يؤخذ منه إلا إن مات الغريم معدمًا ، أو قال : إن افتقر أو جحد وضمن الآخر ضمانًا مطلقًا فحينئذٍ يعمل بِشرط من اشترط ذلك كما في الدردير عند قول المصنف : « وأفاد شرط أخذ أيهما إلخ » ، [2] أو ضمن أحدهما إلى أجل معلوم دون الآخر ، كأن يقول الضامن : ضمانه عليّ مدة شهرين من أجل الدين ، أي أنه إذا مات أو فلس فيهما غرمت ما عليه ؛ لأنه يجوز في الضمان أن يقع مؤجلًا كأن يقع لمدة معينة ، ذكره الدسوقي [3] عند قول المصنف في باب الضمان : وإن برئ الأصل برئ : فالبند موافق للمذهب / . 141/أ

بند 1202 – إلزام الضامن في المعقود عليه في صلب العقد لا يؤخذ فيه بالظن

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 267/1 .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير : (وأفاد شرط) أي اشتراط رب الحق (أخذ أيهما شاء) من الغريم أو الضامن بالحق (و) أفاد شرط (تقديمه) بالأخذ على المدين (أو) اشتراط الضامن أنه لا يؤخذ منه إلا (إن مات) الغريم معدمًا فإنه يفيد وكذا إن قال إن افتقر أو جحد فيعمل بشرطه وشبه في إفادة الشرط قوله (كشرط ذي الوجه أو رب الدين التصديق) بلا يمين . الشرح الكبير 338/3 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : (قوله بل قد يبرأ) أي الأصل ببراءة الضامن أي كما إذا أدى الضامن فإن كلا منهما يبرأ بدفعه (قوله بانقضاء إلخ) أي فيما لو كان الضمان مقيدًا بوقت كأن يقول الضامن ضمانه عليّ في مدة شهرين من أجل الدين أي أنه إذا مات أو فلس فيهما غرمت ما عليه ؛ لأنه يجوز في الضمان أن يقع مؤجلا كأن يقع لمدة معينة وإن كان لا يمل ذلك في الرهن لطلب الحوز فيه . حاشية الدسوقي 337/3 .

والتخمين ، بل لابد فيه من التصريح بذلك . راجح بند 219 مدني [1] . ولا يستغنى عن شرط التصريح بإلزام التضامن لكل من الشركاء على حدته إلا في حالة ما إذا تعهد كل منهم بحق أوجبه على نفسه بموجب نص القانون . راجع بند 395 ، و 396 ، و 1033 ، و 1222 ، و 1442 ، و 1734 ، وبند 1887 و بند 2002 مدني وبند 22 ، و 23 ، وبند 28 ، وبند 118 ، وبند 140 ، وبند 142 تجاري ، وبند 55 جنايات [2] .

433 * مفاد كلامهم خصوصًا الدسوقى عند قول المصنف : « ودائن فلانًا وأنا ضامن » [3] أنه لابد من التصريح بصيغة الضمان في سائر أنواعه ، ولا يكفي في ذلك [4] دلالة المقام والقرائن [5] ، فالبند موافق للمذهب فيما عدا الاستثناء .

بند 1203 – يجوز لصاحب الحق الذي تعهد له بدفع جميعه أي واحد من الشركاء باستقلاله أن يوجه الطلب إلى أي شريك شاء بدون أن يسوغ لمن توجه إليه الطلب أن يدافع الطلب ويعارضه بالتماس طلب التقسيم وتوزيع ذلك على الشركاء ، وأن لا يدفع إلا بقدر ما يخصه من الدين . راجع بند 1225 ، وبند 2025 إلى بند 2027 مدني [6] .

434 * هذا البند موافق للمذهب كما هو واضح جدًّا .

141/ب **بند 1204 –** إذا طلب ذو الحق واحدًا من المتعهدين / وأقام عليه دعوى حق فهذا لا يمنعه بعد ذلك من جواز إقامة الدعوى على الباقين في شأن ذلك . راجع بند 1200 مدني [7] .

435 * هذا البند أيضا موافق للمذهب كما هو قاعدة ضمان المتعدد من أن لصاحب الحق مطالبة أي واحد شاء به [8] .

بند 1206 – إذا طلب صاحب الحق في المحكمة أحد الشركاء المتعهدين لتقام

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 268/1 . (3) حاشية الدسوقي 333/3 .

(4) قاعدة : لابد من التصريح بصيغة الضمان وسائر أنواعه ، ولا يكفي في ذلك دلالة المقام والقرائن .

(5) عبارة الدسوقي في المقام المذكور : « ولابد في كونه ضامنا من ذكر قوله : وأنا ضامن وإلا كان غررًا قوليا لا يلزم به شيء » . راجع حاشية الدسوقي 333/3 . (6 ، 7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 268/1 .

(8) قاعدة : لصاحب الحق ضمان المتعدد مطالبة أي واحد شاء به .

دعواه لتفليس أو نحوه في أثناء مدة ، ومضى على الحق المدة الطويلة بدون طلب غيره فإن طلبه كافٍ في إبطال فوات المدة عن الجميع . راجع بند 1199 ، وبند 2242، وبند 2249 مدني [1] .

436 * في الدردير والدسوقي آخر باب الشهادات : « وأما الديون الثابتة في الذمم فقيل : يسقطها مضي عشرين عاما مع حضور ربها وتمكنه من الطلب بلا مانع ، وهو قول مطرف ، وقيل مضي ثلاثين كذلك [2] ، وقيل : لا تسقط أصلًا ، وقيل : غير ذلك ؛ إلا أن القول بأنه يسقطها السنتان بعيد جدًّا ، والأظهر في ذلك الاجتهاد بالنظر في حال الزمن وحال الناس وحال الدين ، فنحو عشر سنين أو أقل بالنسبة لبعض الناس يقتضي الإعفاء والترك ، ونحو الخمسة عشر قد لا يقتضي ذلك ، والقول الثالث هو الذي اختاره ابن رشد ، بل [3] حكي في المعيار [4] أنه
142/أ لاخلاف في ذلك ، وإنما الخلاف إذا كان المدين برسم وطالت المدة جدا وادعى / المدين قضاءه ، ولم يكن هناك ما يدل على عدم القضاء من غيبة أو إكراه أو إنكار أو غير ذلك ؛ فقيل : يقبل قوله في القضاء مع يمين ، وقيل : لا يقبل وهو المشهور . وإن كان بغير رسم فقيل : يقبل قوله في القضاء مع طول المدة مع يمينه على المشهور ولا سيما إذا كان رب الدين محتاجًا والذي عليه الدين مليًّا وكانا حاضرين وليس بينهما ما يمنع من الطلب . اهـ [5] . وذكر الدسوقي أيضا آخر باب الوصية أن ما اختاره ابن رشد هو المعتمد [6] ، ويوافق كلام المعيار ما في المجموع وحاشيته ؛ فإنه ذكر في مبحث الحيازة آخر الباب المذكور أنه لا حيازة على دين في الذمة لعدم التصرف . قال في ضوء الشموع : أي لا يقال يسقط بالسكوت عنه بلا عذر مع طول المدة ، وسواء كان بوثيقة أم لا ، وظاهر أن هذا غير دعوى

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 269/1 .

(2) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 237/4 .

(3) وقوله مذكور في حاشية الدسوقي 237/4 .

(4) المراد به كتاب المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب للونشريسي .

(5) نقله الدسوقي بنصه عن المعيار المعرب في حاشيته 237/4 .

(6) قال الدسوقي في الموضع المذكور :

« لأنه لا حيازة فيما في الذمة على المعتمد ولو تطاول الزمان ، وكان صاحب الحق حاضرًا ساكتًا عن الطلب بلا مانع » . راجع : حاشية الدسوقي 456/4 .

القضاء ، أما إن ادعى المطلوب القضاء فإن كان بوثيقة فالقول [للطالب وإن لم يكن بوثيقة فالقول [1]] للمطلوب بيمنيه حيث مضي طول لا يؤخر معه عرفًا ولا مانع من الطلب ، وعن مالك : الطول ثلاثون سنة . وقال مطرف : عشرون . اهـ .

وفي شرح أصيل آخر الباب المذكور سئل عن منع السلطان سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة ؟ أجاب إن كان نصب لها من يسمعها أو قصر سماعها عليه أو على يده فلا تسمع ويعمل بما أمره ، وإلا فإنها تسمع إلا أن يكون مذهبه عدم
142/ب سماعها ، ولو لم ينصب / لها من يسمعها أو يقصر سماعها عليه فإنه يعول على مذهبه ؛ لأنه حكم مختلف فيه يصير كالمجمع عليه ، هكذا أجاب وقال : أنا أعول على الحوز مع العلم والسكوت . اهـ .

فعلى القول بأن الدين لا تسمع دعواه بعد عشرين أو ثلاثين وعلى ما ذكره أصيل إذا طلب صاحب الحق أحد الضامنين للدين به لا يعد ساكتا عن طلب الدين هذه المدة على القول بأن الطالب مخير بين طلب الغريم وطلب الضامن . قال البناني : وبه جرى العمل عندنا بفاس - وهو الأنسب - بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق ، أما على القول الذي رجع إليه مالك وهو أن الكفيل لا يطالب بالحق مع ملاء المكفول عنه وحضوره فلا يكون طلب رب الحق من الضامن معتدًا به دافعًا لطول السكوت ، إلا إذا شرط رب الحق أخذ أيهما شاء ؛ فحينئذ يكون له طلب الضامن إذا حل الأجل . فالبند على كل من القولين موافق للمذهب ، غير أنه على القول الثاني تستدعي الموافقة تقييد الاعتداد بالمطالبة باشتراط رب الحق على الضامن ما ذكر .

بند 1208 – إذا شكى صاحب الحق متعهدًا له شركاء متعهدون معه ومتضامنون وأقام عليه دعوى جاز له أن يدافع عن نفسه بجميع البراهين المفهومة من طبيعة العقد ،
143/أ وبجميع البراهين الذاتية له الخاصة به ، / وجميع البراهين التي يشترك فيها مع باقي الشركاء المتضامنين معه ، ولا يجوز له أن يدافع بالبراهين الذاتية لبعض شركائه المتضامنين معه . راجع بند 1166 ، وبند 1280 وما بعده ، وبند 1294 ، وبند 1365 مدني [2] .

437 * إذا ادعى صاحب الحق على واحد كفالته عن الباقي وأجاب المدعى عليه

---

(1) مثبت على هامش الأصل .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 269/1 .

بدعوى الإبراء بعد ذلك من الكفالة المذكورة لصحة الإبراء منها - كما سيأتي في الكلام على بند 1210 - فإنما يقيم البراهين التي تشهد لدعواه ، ومعلوم أنه ليس له علاقة بإقامة براهين على حال غيره من ضمان أو عدمه ، فالبند مناسب للمذهب .

بند 1210 - إذا رضي صاحب الدين الشائع بإقرار نصيب أحد المدينين المتعهد كل منهم كان له الرجوع على كل واحد من الآخرين المتعهدين فيما عدا نصيب المدين المنفرز عنهم الذي خلص ذمته من التعهد . راجع بند 1224 ، وبند 2025 مدني [1] .

438 * في شرح أصيل ما نصه : « قال في النوادر [2] : ومن أقر أنه لاحق له قبل فلان برئ من كل قليل وكثير ، دين أو وديعة [3] أو عارية أو كفالة أو غصب أو قراض أو إجارة أو غير ذلك . اهـ . » وإذا سقط في ضمن العام فأولى ما إذا أسقط بخصوصه ، فإذا أسقط صاحب الدين عن أحد المدينين المتضامنين / وأسقط عن الباقي ضمانه سقط الضمان عن كل ، 143/ب
وليس على هذا المسقط عنه الضمان إلا قدر حصته من الدين ، فالبند موافق للمذهب .

بند 1211 - إذا استلم صاحب الدين قدر نصيب أحد المدينين من غير أن يتعرض بسند الاستلام لعهدة المدينين وإبقاء حقوق التضامن العمومية فلا يسقط التعهد إلا بالنسبة لذلك المدين الذي برئت ذمته ، ولكن لا يعتبر أن صاحب الدين قد أسقط عهدة ذلك المدين من التضامن العمومي ولو استلم منه نصيبًا مساويًا لما يخصه بالتوزيع إلا إذا كان قد صرح في سند الاستلام بأن ما قبضه من المدين هو في مقابلة حصته من الدين ، وكذلك لا يبرأ المدين أيضا من التعهد إلا إذا طلب في المحكمة مجرد طلب مصرح فيه بدفع ما يخصه من النصيب فقط فلم يجب إلى هذا الطلب بالحضور في المحكمة ، أو حضر ولم يحكم عليه بأداء ذلك القدر

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 269/1 .

(2) هو كتاب النوادر والزيادات على المدونة لابن أبي زيد القيرواني ، وصاحبه هو : عبد الله بن عبد الرحمن النفزي القيرواني التونسي ، من تصانيفه : الكتاب المذكور ، وله مختصر المدونة ، وله الرسالة وهو كتاب مشهور في الفقه المالكي تناوله الكثير بالشرح والتعليق ، وله كتاب الثقة بالله ، ورسالة في الرد على القدرية توفي سنة 386 هـ .

سير أعلام النبلاء 3/11 ، تذكرة الحفاظ 211/3 ، الديباج المذهب 136 ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص 96 .

(3) وديعة : يقال : استودعه مالًا وأودعه إياه . ودفعه إليه ليكون عنده وديعة .

الذي هو قدر نصيبه . راجع بند 1210 وبند 1350 وبند 1352 مدني [1] .

439 * من أول البند إلى قوله : بالتوزيع موافق للمذهب .

ومعلوم أن أحد الضامنين إذا طلب عند القاضي بعد ضمانه أن يفك عن نفسه الضمان ولا يدفع إلا ما يخصه فإن الحاكم لا يجيبه لذلك ؛ فقول البند : وكذا لا يبرأ المدين / إلخ ، فيه مناسبة للمذهب . 144/أ

بند 1213 – إذا تضامن جماعة مدينون لصاحب الدين والتزموا بأن له أن يطلبه من أي واحد شاء منهم فإن هذا لا يمنع أن هذا الدين يتخصص بالمحاسبة بينهم ، ويكون كل واحد منهم كما هو عهدة لرب الدين بجميعه مديونا للآخرين بقدر ما يخص نصيبه في الالتزام . راجع بند 875 وما بعده ، وبند 1217 ، وبند 1220 ، وبند 1221 ، وبند 2249 مدني [2] .

440 * هذا البند موافق للمذهب ، ومعنى قوله : مديونًا للآخرين إلخ أنه مطلوب للضامنين ، يرجع الدافع عليه بقدر نصيبه .

بند 1214 – المدين المتضامن المتعهد مع غيره إذا أدى جملة الدين لا يمكنه أن يطلب من كل واحد من الآخرين زيادة عما يخص ذلك الآخر . راجع بند 1213 ، وبند 1215 مدني [3] ؛ فإذا أعسر أحدهم فإن الخسارة التي تنشأ عن إعساره تتوزع على شركائه الموسرين ومنهم ذلك الشخص الذي تعرض لوفاء الدين . راجع بند 876 ، وبند 885 ، وبند 886 مدني [4] .

441 * صدر هذا البند إلى قوله : عما يخص ذلك الآخر ، موافق للمذهب حسبما تقتضيه قواعد الفقه .

الفصل الخامس [5]

« في العقود المنقسمة والغير منقسمة »

بند 1219 – شرط التضامن في العقد وشغل ذمة كل من المتضامنين بوفاء المعقود

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 270/1 . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 270/1 . (4) السابق 271/1 .

(5) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1217 ، 1218 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 271 في المقارنة .

144/ب عليه لا يجعل المعقود / عليه غير منقسم . راجع بند 1197 وبند 1200 وبند 1222 مدني [1] .

442 * الظاهر أن معناه أن كون الثمن بين المتضامنين بهذا الوجه لا يقتضي كون المثمن المعقود عليه ممنوع القسمة ما داموا كذلك ، بل متى كان قابلًا للانقسام فلهم قسمته شرعًا وهم بهذه الحالة ؛ فلا توجب لهم عدم جواز القسمة ، والبند على هذا الحل موافق للمذهب .

الفرع الثاني [2]

« في أحكام العقود غير القابلة للانقسام وما يترتب عليها من أحكام »

بند 1224 – فكل وارث لصاحب الحق له أن يطلب إنجاز الإلزام غير القابل للانقسام بجملته لا بقدر نصيبه فقط . راجع بند 1203 مدني . ولا يجوز لأحد الورثة دون باقي المستحقين أن يبرئ ذمة الملتزم من جملة ما التزم به ، بل ولا يمكنه أن يقبض وحده قيمة العين الملتزم بها بدلًا عنها ؛ فإذا كان أحد الورثة قد أقاله من حقه وقبض قيمة ما يخصه فلا يجوز لشريكه في استحقاق الميراث أن يطلب هذا الشيء الذي لا يقبل القسمة من الملتزم إلا بعد خصم نصيب الوارث الذي أقال من حقه أو قبض قيمة حقه . راجع بند 1210 وما بعده وبند 1234 وبند 1282 وما بعده وبند 1939 مدني [3] .

443 * قول البند : ولا يجوز لأحد الورثة إلى قوله : بدلا عنها موافق للمذهب على القول بمنع بيع الفضولي [4] .

---

(1) السابق 272/1 .

(2) لم يتناول المصنف (الفرع الأول) « في العقود القابلة للانقسام وما يترتب عليها من أحكام » وبنودة 1220 إلى 1221 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 272 ، 273 ولم يتناول في الفرع الثاني البنود 1222 ، 1223 ، 1225 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 273 ، 274 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي 273/1 وما بعدها .

(4) قال الدسوقي : « وأما القدوم على بيع الفضولي فقيل بمنعه ، وقيل بجوازه ، وقيل بمنعه في العقار والجواز في العروض » . حاشية الدسوقي 12/3 .

الفصل السادس [1]

« في العقود التغريمية »

145/أ **بند 1226** – في العقود التغريمية يلتزم العاقد على / نفسه لوثوق إنجاز ما التزم به أنه إذا أهمل الإنجاز دفع قدرًا معلومًا جزاءً له . راجع 1152 ، وبند 1227 وما بعده ، وبند 2047 مدني [2] .

444 * ضامن الوجه وهو الضامن لإحضار ذات المدين لرب الدين عند الحاجة يبرأ بتسليم المضمون بغير مجلس الحكم إن لم يشترط إحضاره فيه ، وإلا لم يبرأ إلا بمحله باقيًا على حاله تجري فيه الأحكام لا إن حزب على المعتمد ؛ فإن لم تحصل براءته بما ذكر غرم الضامن بعد خفيف تلوم إن حضر المضمون ، أو قربت غيبته كاليوم ونحوه ؛ فإن بعدت غرم الكفيل مكانه بلا تلوم ؛ فتحصل أن في هذه الحالة قد التزم الضامن على نفسه لشدة الوثوق بضمانه أن يحضر المضمون مجلس الحكم ، لتيسر الخلاص منه ؛ فإن أهمل ولم يوفِ بشرطه أغرم بعد خفيف تلوم أو مكانه [3] . هذا ما يناسبه البند من المذهب .

بند 1227 – يترتب على إبطال العقد الأصلي بطلان العقد التغريمي ، ولا يلزم من بطلان التغريمي بطلان الأصلي [4] .

445 * من اشترى سلعة مرابحة بدين لأجل وضمنه آخر ضمان المال فإن المتبايعين إن تقايلا وبطل العقد الأصلي بطل العقد التغريمي وهو ضمان المال ، ولا يلزم من
145/ب بطلان التغريمي – وهو الضمان إن حطه البائع عن الضامن / – بطلان الأصلي [5] وهو عقد البيع المذكور ، هذا ما يناسبه البند من المذهب .

بند 1228 – وذلك لأنه يجوز لصاحب الحق إذا فات الغرامة المتفق عليها عند عدم

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1229 إلى 1233 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 275 ، 276 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 274/1 .

(3) الشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي 345/3 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 274/1 .

(5) قاعدة : لا يلزم من بطلان العقد التغريمي بطلان العقد الأصلي .

تنجيز المعقود عليه أن يقتصر على تنفيذ العقد الأصلي . راجع بند 1144 مدني [1] .

446 * هذا من تمام ما قبله يناسبه حط الضمان والاقتصار على المطالبة الناشئة عن العقد الأصلي .

الباب الخامس

« في انتهاء العقود »

بند 1234 – العقود تنتهي بواحد من هذه الأمور الآتية وهي :

أولا : بالوفاء . راجع بند 1235 وما بعده مدني .

ثانيا : بالتجديد . راجع بند 1271 وما بعده مدني .

ثالثا : بالإبراء من الدين اختيارا . راجع بند 1282 وما بعده مدني .

رابعا : بالمقاصة . راجع بند 1389 وما بعده مدني .

خامسا : باتحاد الذمة . راجع بند 1300 ، وبند 1301 مدني .

سادسا : باستهلاك العين الملتزم بها من غير تقصير المدين [2] . راجع بند 1302 ، وبند 1303 مدني .

سابعًا : بإلغاء العقد أو فسخه . راجع بند 1304 وما بعده مدني .

ثامنًا : بالشروط الفسخية التي يرد بها المعقود عليه المقررة في الباب السابق . راجع بند 1183 وما بعده مدني .

تاسعًا : بالمدة الطويلة – وسنذكرها في كتاب خاص بها – . راجع بند 2219 وما بعده مدني / [3] . 146/أ

447 * معلوم أن العقد ينتهي بالوفاء ، أي باستلام الثمن والمثمن ، أى بوفاء دين القرض ، بمعنى أن لا يكون لأحد المتعاقدين تعلق بالآخر ، وبالتجديد بحوالة مثلًا توجب نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى المحال عليه [4] ، ويكون أيضا بجعل شركة العنان شركة مفاوضة مثلًا ، فينتهي عقد شركة العنان بتجديد عقد شركة

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 274/1 . (2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 276/1 .

(4) الحوالة : نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى . « الشرح الكبير للدردير 325/3 » .

المفاوضة ، وبالإبراء من الدين اختيارًا ، وبالمقاصة [1] ، وبإرث الدين ، وهو المراد في البند باتحاد الذمة ، وباستهلاك العين الملتزم بها قبل حصول المعلق عليه بدون تفريط من الملتزم ، كما يستفاد مما مر في الكلام على بند 1180 وبند 1182 ، وبحل العقد كما مر في الكلام على بند 1227 وبفسخه كما إذا اختلف المتبايعان في جنس العوض أو نوعه وحلفا ؛ فإنه يفسخ ، وتمام الكلام في فصل اختلاف المتبايعين [2] . وبانتهاء مدة العقد كمدة العارية مثلًا ، وهي المشار لها ولشبهها بالشروط الفسخية ، وبالمدة الطويلة على غير مختار ابن رشد كما مر في الكلام على بند 1206 ؛ فالبند موافق للمذهب .

الفصل الأول

في الوفاء

الفرع الأول

« في الوفاء مطلقًا » [3]

بند 1235 – كل وفاء يستلزم وجود دين ، وكل ما دفع من غير أن يكون لوفاء دين فهو قابل للرد . راجع بند 1131 ، وبند 1186 ، وبند 1376 إلى بند 1381 ، وبند 1488 ، وبند 1489 ، وبند 1906 مدني [4] ، ولا يلزم الرد فيما وفى به الإنسان في مقابلة عقود طبيعية وفاء عن طوع / واختيار . راجع بند 1906 ، و 1967 مدني [5] . 146/ب

448 * لا يناسب المذهب من هذا البند إلا أول جملة منه .

بند 1236 – كل إلزام معقود عليه يجوز أن يوفيه عنه أي إنسان له مصلحة في الوفاء به كالشريك والضامن . راجع بند 2014 ، وبند 2028 مدني . بل يجوز أن يوفيه آخر لا مصلحة له في الوفاء بشرط أن يكون باسم الملتزم ، وإذا وفاه باسم نفسه فلا

---

(1) المقاصة : إسقاط مالَكَ من دين على غريمك في نظير مالك عليه بشروطه . « السابق 227/3 » .

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 188/3 وما بعدها .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1240 ، 1245 ، 1246 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ1 ص 278 ، 279 في المقارنة .

(4 ، 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 277/1 .

يكون القصد الحوالة على المدين ليكون له عليه حقوق الدائن . راجع بند 1119 ، و 1165 ، و 1249 ، وبند 1372 وما بعده ، وبند 2014 مدني ، وبند 158 تجاري [1] .

449 * يصح للشخص أن يؤدي دينا على آخر بغير إذنه إن كان ذلك على سبيل الرفق بالمؤدى عنه ، ويلزم رب الدين قبوله ولا كلام له ولا للمدين إذا دعا المؤدي أحدهما إلى القضاء وأجابه ؛ فإن امتنعا معًا لم يلزمهما ، لا إن كان على سبيل العنت والضرر بالمدين بطلبه وإعناته لعداوة بينهما فيرد ما أداه لرب الدين [2] ، وليس له على المدين مطالبة ، كذا في الدردير والدسوقي عند قول المصنف في الضمان : كأدائه رفقا إلخ [3] . وفي شرح أصيل عند قول المصنف في الضمان : وزوجة ومريض [4] بثلث فرع : إن أدى رجل عن آخر دينًا وقام الدافع يطلب المال فقال المدفوع عنه : دفعت احتسابا فالقول للدافع / ؛ إذ الأصل عدم الخروج عن 147/أ الملك إلا بالوجه المقصود إلا أن تدل قرينة على كذب الدافع ، كما لو دفع عن الميت المفلس ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع ، قال ابن الحاجب : ولو تنازعا في دفعه محتسبًا فالقول قول الدافع إلا لقرينة . اهـ . هذا ما وجدنا للبند به مناسبة .

بند 1237 – إذا كان الملتزم به عملًا لا يصح وفاء آخر به بدون رضاء صاحب الحق ما دامت مصلحة صاحب الحق تقضي بطلبه من عمل ذلك الفاعل الذي التزم به لشهرة عمله مثلا . راجع بند 1134 ، وبند 1142 ، وبند 1763 ، وبند 1793، وبند 1795 مدني [5] .

450 * في الأجهوري عند قول المصنف : « وليس لراعٍ رعي أخرى » أن الصانع إن تعلق العمل بعينه فليس له أن يستأجر ، وإن استأجر ضمن كالراعي ؛ وإن لم

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 277/1 . (2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 334/3 .

(3) جاء في الشرح الكبير قوله (و) صح (بغير إذنه) أي إذن من عليه الدين وهو المضمون عنه (كأدائه) من إضافة المصدر لمفعول أي كما يصح لشخص أن يؤدي دينا عن آخر بغير إذنه (رفقًا) بالمؤدى عنه ، ويلزم رب الدين قبوله (كل عنتٍ) أي لأجل العنت والضرر بالمدين (فيرد) ما أداه لرب الدين ، وليس له على المورد مطالبة (كشرائه) أي كما يمنع شراء دين من ربه عنتا بالمدين فإنه يرد فإن فات الثمن بيد البائع فمثل المثلي وقيمة المقوم فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو عيبته فالحاكم يتولى القبض من المدين ليدفعه للمشتري عنتًا أو الدافع في الأولى عنتا . الشرح الكبير 334/3 .

(4) الشرح الكبير 330/3 . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 277/1 .

توجد شروط ضمان الصانع ، وإن لم يتعلق العمل بعين الصانع فله أن يستأجر ، ولا ضمان على أجيره وعليه الضمان بشروطه . اهـ . وفي الحطاب عند قول المصنف «أو صانع في مصنوعه ما نصه : إذا كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب » اهـ [1] .

وما ذلك إلا لكون الرغبات قد تتعلق بعمل الشخص المعين دون عمل غيره بحيث لا يرضى المستأجر إلا بعمله كما تراه كثيرًا في نحو النساخين والمجلدين ؛
147/ب فإن خالف / غيره فعمل هذا العمل فربما يستفاد حكمه مما مر في الكلام على بند 1143 عن أصيل أن من دفع غزلًا إلى حائك لينسجه تسعة في ثمانية فنسجه سبعة في ثمانية فله أخذه وللحائك أجره كاملًا ، وإن شاء ضمن الصانع قيمة الغزل لا مثله ، أي إذا أقر الحائك بذلك . اهـ .فيخير هنا رب الشيء بين أخذ شيئه ودفع الأجرة ، وتركه وأخذ قيمته و لينظر . فالبند مناسب للمذهب جدًّا .

بند 1238 – يلزم لصحة الوفاء وكونه صادف محلًّا كون الموفي مالكًا للشيء الذي صدره في وفاء الدين ، وكونه يجوز له فيه كمال التصرف وإلا بطل الوفاء ورد لمالكه . راجع بند 1108 وبند 1123 وما بعده مدني [2] .

ومع ذلك إذا كان الموفى به دراهم أو شيئا يمكن إهلاك عينه بالانتفاع به فلا يصح الرجوع به على رب الدين وطلب استرداده إذا انتفع به بإهلاك عينه غير عالم بأن وفاء المدين به غش وغرر ، ولو كان الوفاء صادرًا من غير مالكه أو من ليس أهلًا للتصرف فيه . راجع بند 587 وبند 1340 وبند 1380 مدني [3] .

451 * معلوم أن وفاء دين الغير إنما يسوغ ويتم إذا كان بمال مملوك للموفي مع كونه رشيدًا ؛ فلا وفاء للغاصب إلا إذا ملك ما غصبه بما يقتضي ملكه ، وغير الرشيد
148/أ من صغير أو سفيه إن لم يكن متبرعًا فلوليه الإجازة / والرد ، وإن كان متبرعا تعين عليه رد تبرعه كما تقدم في الكلام على بند 1124 . ومن وفى بملك غيره ففات عند رب الدين فإن الوفاء يمضي وعلى الغاصب مثل المثلي أو ثمنه إن كان طعامًا ، وقيمة المقوم ولا يتعرض لرب الدين ؛ فالبند مناسب للمذهب جدًّا .

(1) مواهب الجليل للحطاب 430/5 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 277/1 .

بند 1239 – يلزم أن يكون وفاء الدين إما لنفس رب الدين أو لوكيله المفوض أو لإنسان حكم القاضى بأن يسلم له ذلك أو جوزت القوانين توفية الدين له بالتوكيل عن رب الدين . راجع بند 1937 ، وبند 1984 ، وبند 1985 مدني [1] . وقد يكون الأداء للفضولي باستلامه ذلك عن صاحبه صحيحًا إذا أقر بعد ذلك صاحب الدين أو انتفع بعد ذلك الأداء . راجع بند 1338 مدني [2] .

452 * يُقضى الدين إما لنفس رب الدين أو لوكيله المفوض أو لوليه ، سواء كان وصيًّا أو مقدم قاضٍ ، أو للقاضي إن كان رب الدين مفقودًا ، كما ذكره الحطاب آخر باب الشهادات في مبحث مهم ، ومعلوم أن من أعطى الدين لأجنبي وأقبضه الأجنبي لرب الدين واعترف بقبضه منه فقد برئت ذمة المدين [3] ؛ فالبند مناسب للمذهب جدًّا .

بند 1241 – لا يكون الوفاء بالتسليم لرب دين غير أهل لذلك صحيحا معتبرًا إلا إذا أثبت المدين أن ما استلمه / عاد عليه بالمنفعة والمصلحة . راجع بند 482 ، 148/ب
وبند 509 وما بعده ، وبند 1124 ، وبند 1312 ، وبند 1926 ، وبند 1990 مدني [4] .

453 * هذا البند موافق للمذهب كما يستفاد من الدردير والدسوقي عند قول المصنف : وللولي رد تصرف مميز [5] .

بند 1242 – إذا وفي المدين صاحب الدين من الأموال المحجوزة لدائنين آخرين في نظير ديونهم ، أو المقام عليها دعوى لهم لا يكون صحيحًا بالنظر لأرباب الدين الحاجزين والمتداعين المعارضين فيها ؛ فيجوز لهؤلاء الحاجزين والمعارضين بموجب أولويتهم وامتيازهم أن يجبروا المدين على الوفاء لهم ثانيا ، وإنما له الحق بعد الدفع أن يرجع على صاحب الدين في هذه الصورة بما وفاه . راجع بند 1298 ، وبند

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني278/1 .

(3) قاعدة : من أعطى الدين لأجنبي وأقبضه الأجنبي لرب الدين واعترف بقبضه منه فقد برئت ذمة المدين .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 278/1 .

(5) قال الدردير تعليقا على قول المصنف المذكور . « وللولي » أب أو غيره (رد تصرف) شخص « مميز » ذكرًا أو أنثى بمعاوضة من غير إذن وليه ، وأما بغير معاوضة كهبة وعتق فيتعين رده . (الشرح الكبير للدردير 3 / 294) .
– وعلق الدسوقي على ذلك قائلا : حاصله أن المميز إذا تصرف في ماله بمعاوضة مالية بغير إذن وليه وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لابد له منه واستوت المصلحة في إجازتها وردها فإنه يثبت لوليه إذا اطلع عليها الخيار بين إجازتها وردها ، وهذا هو المشهور . (حاشية الدسوقي 294/3) .

1944 مدني ، وبند 557 وما بعده محاكمات [1] .

454 * إذا أراد المدين توفية صاحب دينه من رهن معين لدائنين آخرين تعلقت بهم ديونهم فلهم المنع لتعلق حقهم بالرهن ، كما أفاده الدسوقي عند قول المصنف في الرهن : ومضى بيعه قبل قبضه إن فرط مرتهنه إلخ [2] . وإن أراد توفية ديون الغرماء
149/أ حال الفلس بشيء قائمة عينه يدعيه أحد الغرماء / ليأخذ عين ماله والمدين ينازعه ؛ فلهذا الغريم المنع من التوفية وتوقف السلعة حتى يتم أمر الدعوى ، كما أفاده الحطاب عند قول المصنف في الفلس وللغريم أخذ عين ماله إلخ [3] .

هذا ما للبند به مناسبة من المذهب .

بند 1243 – لا يجبر رب الدين على استلام شيء آخر غير ما التزم له به المدين سواء كان هذا الشيء الذي يراد الوفاء له به مساويًا في القيمة للملتزم به أو أعلى منه قيمة . راجع بند 1379 ، وبند 1875 ، وبند 1932 مدني ، وبند 143 تجاري [4] .

455 * يجوز في السلم بلا جبر قبل أجل المسلم فيه قبول الموصوف بالصفة المدخول عليها فقط لا أدنى ولا أجود ، ولا أقل ولا أكثر ؛ لما فيه من ضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك ، ويلزم المسلم قبول المسلم فيه من المسلم إليه بعد حلول الأجل وبلوغ المحل الذي اشترط فيه القبض أو محل العقد عند عدم الشرط [5] ، ويجوز بعدهما أيضا قبول الأجود لأنه حسن قضاء ، والأردأ لأنه حسن اقتضاء ، ولا يلزمه القبول كما لابن عبد السلام [6] وابن هارون [7] والتوضيح ، وجاز قضاء السلم ولو قبل الأجل بغير جنس المسلم فيه بشروط مبسوطة في المذهب . انظر

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 278/1 . (2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 248/3 .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب : أو للغريم أخذ عين ماله المحاز عنه في الفلس لا الموت مفهوم قوله المحاز عنه أنه لو لم يجز عنه ليس كذلك أما في الفلس فهو أحق بها من باب أحرى وأما في الموت فهو أحق بها أيضا . مواهب الجليل للحطاب 50/5 . (4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 278/1 وما بعدها .

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 219/3 . (6) راجع في تخريج قوله حاشية الدسوقي 220/3 .

(7) ابن هارون هو : أبو محمد عبد الله بن هارون الطائي القرطبي الفقيه العالم العامل المحدث الراوية الإمام الفاضل أخذ عن جماعة منهم : أبو القاسم أحمد بن يزيد بن بقي عمر ، وابن رشيد ، وابن عبد السلام ، وابن هارون التونسي ، مولده سنة (603 هـ) . وتوفي في تونس سنة (702 هـ) . شجرة النور الزكية ص 198 .

الدردير والدسوقي أواخر باب السلم [1] ؛ فالبند يناسب / بمفهومه مسألة القبول 149/ب
قبل الأجل في المساوي ، ومسألة جواز قبول الأجود بعد الأجل والمحل ، ومسألة جواز قضاء المسلم فيه بغير جنسه بشروطها المعلومة في المذهب .

بند 1244 – ليس للمدين أن يكره رب الدين على قبض بعض الدين الحال كله ولو كان ذلك الدين صالحاً للانقسام . راجع بند 1217 وبند 1220 وما بعده مدني [2] . ومع ذلك فيجوز للقضاة النظر لحال المدين والتبصر في أمره مع الاحتراس التام ؛ فإذا اقتضى حاله أن يعطوا له مهلة أعطوا له مهلة لأجل تنجيز الوفاء فيها وأخروا الحكم بإلزامه ، وخلوا كل شيء على الحالة التي هو عليها حتى تنقضي المهلة . راجع بند 1185 ، و 1188 ، وبند 1900 مدني ، وبند 122 محاكمات ، وبند 257 تجاري [3] .

456 * في الدسوقي عند قول المصنف في السلم : ولزم بعدهما كقاضٍ إلخ ما نصه : « إنما يلزم المسلم قبول المسلم فيه بعدهما إذا أتاه المسلم إليه بجميعه ، فإن أتاه ببعضه لم يلزمه قبوله حيث كان المدين موسرًا » [4] ، وأما القرض ففي ابن عرفة [5] ما نصه : « وفي جبر رب دين حال على قبض بعضه وقبول امتناعه حتى يقبض

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (ولزم بعدهما) أي لزم المسلم قبول المسلم فيه كان طعامًا أو غيره حيث حل الأجل وكان المسلم والمسلم إليه في بلد الشرط ، كما يلزم المسلم إليه الدفع إذا طلب منه وكان مليًا فقوله بعدهما أي بعد انقضاء الأجل وبعد الوصول للمحل ، فبعدية المحل بعدية الوصول ، وبعدية الأجل بعدية انقضاء (تنبيه) إنما يلزم المسلم قبول المسلم فيه بعدهما إذا أتاه المسلم إليه بجميعه فإن أتاه ببعضه لم يلزمه قبوله حيث كان المدين موسرًا وأما الغرض ففي ابن عرفة ما نصه : وفي جبر رب دين حال على قبض بعضه وقبول امتناعه حتى يقبض جميعه والمدين موسرًا نقلا عن ابن رشد ... (قوله كقاص) تشبيه في لزوم القبول أي إذا غاب المسلم عن موضع القبض ولا وكيل له وأتى المسلم إليه للقاضي بالشيء المسلم فيه فإنه يلزمه قبوله (قوله وجاز أجود وأردأ) أي وجاز للمسلم بعد الأجل والمحل قبول أجود مما في ذمة المسلم إليه وقبول أردأ مما فيها وعبر المصنف بالجواز ؛ لأنه لا يلزمه قبوله كما لابن عبد السلام وابن هارون والتوضيح وقال ابن الحاجب وابن عرفة يلزمه القبول والأظهر أن المسلم إليه إذا دفع ذلك على أوجه التفضيل لا يلزم المسلم القبول وإن دفعه لأجل أن يدفع عن نفسه مشقة تعويضه بمثل ما اشترط لزم قبوله (لأنه حسن قضاء) أي حسن دفع من المسلم إليه ، وقوله : لأنه حسن اقتضاء أي قبض من المسلم (أي مع الجودة) أي مع الاتفاق في الجودة أو الرداءة . حاشية الدسوقي 220/3 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 279/1 .

(4) مذكور بنصه في حاشية الدسوقي 220/3 .

(5) قوله المذكور محكي في حاشية الدسوقي 220/3 .

جميعه والمدين موسر نقلًا عن ابن رشد ورواية محمد مع ابن أبي زيد عن ابن
150/أ القاسم ، ولعل الفرق أن القرض بابه المعروف / والمسامحة . اهـ . » (1) ومفاده أن دين البيع كالسلم (2) ؛ فصدر البند موافق للمذهب في غير دين القرض ، وفي القرض على أحد القولين ،ومعلوم أن من أيسر بالبعض وأعسر بالبعض يمهل إلى الميسرة به ، فلآخر البند بالمذهب مناسبة ما .

بند 1247 – يجب أن يكون وفاء الدين في المحل الذي حصل الاتفاق عليه وعين للوفاء ، فإن لم يكن اشترط للوفاء محلًّا معينًا فإن وفاء الشيء المعلوم المحدود يكون في محل العقد . راجع بند 1134 مدني (3) .

وفيما عدا هاتين الحالتين يكون التسليم في موطن المدين . راجع بند 1258 ، وبند 1264 ، وبند 1609 ، وبند 1651 ، وبند 1942 ، وبند 1943 مدني ، وبند 420 محاكمات ، وبند 110 تجارى (4) .

457 * الذي يظهر أن معنى وجوب كون وفاء الدين في المحل المذكور بالبند أنه يلزم رب الدين قبوله من المدين في المحل المذكور ولا يلزم القبول في غيره ، وفي الدردير والدسوقي من بابي السلم والقرض ما نصه : « يجوز قبول المسلم فيه طعاما أو عرضا قبل بلوغ الموضع الذي اشترط فيه القبض أو موضع العقد عند عدم الشرط إن حل الأجل ، ويلزم القبول بعد الأجل والمحل (5) ، ولا يلزم المسلم إليه دفع المسلم فيه بغير محله ولو خف حمله كجوهر ، وكذا لا يلزم المسلم قبوله بغير محله ولو خف حمله ؛ فإن رضيا جاز ولو ثقل حمله (6) . وإذا كان القرض عينًا
150/ب وأراد / المقترض رده لزم ربه قبوله مطلقًا ، كان في محل القضاء أو في غيره ، حل الأجل أو لا ؛ إلا الخوف في الطريق أو احتياج إلى كبير حمل فلا يلزمه قبولها قبل المحل ، وإن كان القرض غير عين بأن كان عرضًا أو طعامًا فيجبر المقرض على القبول إذا أتى به المقترض في محل القضاء ، حل الأجل أم لا ، وإلا فلا يجبر (7) ،

---

(1) هذه الأقوال كلها مذكورة بنصها في حاشية الدسوقي 3 / 220 .

(2) قاعدة : دين البيع كالسلم .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 279/1 .

(4) المرجع السابق .

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 219/3 .

(6) راجع المرجعين السابقين 222/3 .

(7) حاشية الدسوقي 227/3 .

وأما دين البيع فإن كان عينا فحكمه حكم عين القرض [1] ، وإن كان غير عين فيجبر رب الدين على القبول إن كانا في محل القضاء وحل الأجل ، وإن كانا في غير المحل حل الأجل أم لا ، أو كانا في المحل ولم يحل الأجل فلا يجبر ربه على القبول [2] ، والمراد بالمحل في دين القرض محل الإقراض كما صرح به الشيخ في شرح المجموع [3] . والمراد بالمحل في دين البيع محل الشرط أو العقد كما مر في السلم فيما يظهر ، فصدر البندر بمنطوقه يوافق المذهب في كل من السلم ودين البيع بقيد حلول الأجل فيهما ويناسبه في القرض ، ومفهومه يوافق فيهما ويناسبه في القرض بقيد إخراج العين والجواهر النفيسة من حكم القرض الذي في البند .

بند 1248 – ما يلزم للوفاء من الصرف يكون على طرف المدين . راجع بند 1260 ، وبند 1608 ، وبند 1942 مدني [4] .

458 * أجرة الكيل أو الوزن أو العد الحاصل به التوفية في بيع / ما فيه حق توفية على البائع ، إذْ لا تحصل التوفية إلا بذلك حيث لم يكن شرط أو عرف بخلافه ، كما أن أجرة الثمن إذا كان مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا على المشتري ، لأنه بائع له [5] وأجرة توفية القرض على المقترض [فمن اقترض [6]] أردبًا مثلًا فأجرة كيله عليه ، وإذا رده فأجرة كيله عليه أيضا بلا نزاع [7] ، كذا في الدردير عند قول المصنف في باب الخيار : وضمن بائع مكيلًا إلخ ، والسلم بيع فله حكمه ، فكل من المشتري والمقترض والمسلم إليه مدين والأجرة عليهم ، فالبند موافق للمذهب بتقييد الصرف بما يتوقف عليه التوفية شرعًا . 151/أ

الفرع الثاني

« في الوفاء بطريق الحوالة »

بند 1249 – إحالة الدائن محتالًا على إنسان آخر بماله من الدين ليستوفيه من

---

(1) قاعدة : دَيْن البيع إذا كان عينًا فحكمه حكم عين القرض .

(2) حاشية الدسوقي 227/3 .

(3) المراد به الشيخ الأمير ، وقد سبقت له ترجمة .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 280/1 .

(5) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 144/3 .

(6) مثبت على هامش الأصل .

(7) الشرح الكبير 145/3 .

المحال عليه نوعان : اتفاقية ووجوبية . راجع بند 874 ، وبند 875 ، وبند 1234 ، وبند 1236 وبند 2029 مدني وبند 769 محاكمات وبند 159 تجاري [1] .

459 * الحوالة نقل الدين من ذمة لأخرى بسبب وجود مثله في الأخرى [2] ؛ فالتعريف في البند للحوالة - بقطع النظر عن التقسيم - موافق للمذهب إن قيد الآخر المحال عليه بكونه مدينا بمثل الدين المحال به . قال الحطاب أول باب الحوالة نقلًا عن المدونة : وإذا أحالك على من ليس له قبله دين فليست حوالة وهي
151/ب حمالة .اهـ [3] . لكن في البنود / الآتية أحكام تتفرع على عدم التقييد .

بند 1250 – فتكون اتفاقية بالتراضي في حالتين إحداهما : إذا كان رب الدين قد تسلم من إنسان أجنبي قدر ديونه على آخر وأحاله عليه بنقل حقوقه وأولويته ومزاياه وضمان الديون بعقار مثلًا ؛ فبهذا صار حكم المحتال حكم المحيل ، فيشترط لصحة الحوالة أن تكون صريحة ، وأن تكون على ما قبضه المحيل من المحتال في مجلس عقد الحوالة . ثانيتهما : إذا اقترض مدين من آخر مبلغًا ووفى به دينه الذي عليه حقوق كفرائض وأرباح ، وأحال على نفسه الدائن الجديد بشروط الدائن القديم ؛ فيلزم لأجل صحة الحوالة أن يكون عقد القرض ووفاؤه على يد كاتب المحكمة المأذون ، وأن يذكر سند الحوالة أن هذا المبلغ قد اقترضه لقضاء دينه ، وكذلك يذكر في سند سداد الدين أن سداد هذا الدين كان بدراهم نقدية من أموال الدائن الثاني الذي صار محتالًا ، ويعمل العقد ولو من غير رضا رب الدين الأول . راجع بند 1256 مدني [4] .

460 * في عبد الباقي وأقره البناني عند قول المصنف في الحوالة : « ويتحول حق المحال إلخ ما نصه : تنبيه : لا يدخل الرهن أو الحميل في عقد الحوالة أو الشراء أو
152/أ الهبة ، إلا أن / يشترط دخولهما ، ويحضر الحميل ويقر بالحمالة وإن لم يرض بالتحمل لمن ملك الدين للسلامة من شراء ما فيه خصومة ، لكن لرب الدين أن يطلب وضعه عند أمين ، هذا هو المطابق للنقل . اهـ .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 280/1 .
(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 325/3 .
(3) مذكور بنصه عن المدونة في مواهب الجليل للحطاب 91/5 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 280/1 .

معلوم أن من اقترض من شخص ما وفى به دينه لآخر فإنما يطالبه هذا المقرض ولا علاقة للأول به حينئذٍ [1] ، فلصدر البند مناسبة جيدة بالمذهب ، ولآخره مناسبة ما .

بند 1251 – تكون الحوالة الوجوبية في صور : **إحداها** : أن تكون الحوالة لمصلحة دائن وفّى لدائن آخر مقدم عليه بالامتيازية في الوفاء ؛ فدفع له بدلًا عن المدين بقدر حقوقه ورهونه الضامنة ، فبهذا صار محتالا على المدين حوالة وجوبية بموجب الأصول .

راجع بند 2095 وما بعده وبند 2134 مدني [2] .

الصورة الثانية : أن تكون الحوالة لمصلحة من اشترى عقارًا ودفع ثمنه ؛ لوفاء أرباب ديون مضمونة لهذا العقار ؛ فإنه صار محالًا عليه ديون البائع المضمونة بالعقار . راجع بند 2144 ، وبند 2166 ، وبند 2181 مدني [3] . **الثالثة** : الحوالة لمنفعة إنسان متعهد بوفاء الدين مع غيره أو عن غيره وله فائدة في الوفاء ، فإنه إذا وفى صار محتالا ووجب له حقوق الدائن ومزاياه . راجع بند 1214 وما بعده ، وبند 2029 مدني . **الرابعة** / : أن تكون الحوالة للوارث الذي تسلم التركة ويخير 152/ب
في قبول الإرث إلى تمام الجرد ودفع دين التركة من ماله ؛ فإنه محتال على التركة وله حقوق ومزايا أرباب الديون . راجع بند 793 وما بعده ، وبند 874 مدني [4] .

461 * تقدم في الكلام على بند 1236 أنه يصح للشخص أن يؤدي دينا عن آخر بغير إذنه رفقًا به ، وتمام الكلام هناك . وما هنا من هذا القبيل : فما وفى به أحد الدائنين للدائن الآخر يلزم المدين إن لم يكن الموفي متبرعًا ، كما يلزمه الدين الأول لهذا الموفي ، ويؤخذ الخراج على أرض الزراعة ويصرف في مصارفه التي ذكرها المصنف في الجهاد بقوله : « فخراجها والخمس إلخ » [5] . والكلام فيها للسلطان أو نائبه فيمكن منها من شاء ، فإذا مات شخص وتحت يده أرض يزرعها ويؤدي

---

(1) قاعدة : من اقترض من شخص ما وفى به دينه لآخر فإنما يطالبه هذا المقرض ولا علاقة للأول به حينئذٍ .
(2 – 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 281/1 .

(5) جاء في الشرح الكبير قوله (فخراجها) أي الأرض ، (والخمس) الذي لله ولرسوله ، (والجزيةُ) العنوية والصلحية ، والفيء ، وعشور أهل الذمة ، وخراج أرض الصلح ، وما صولح عليه أهل الحرب ، وما أخذ من تجارتهم محلها بيت مال المسلمين يصرفه الإمام باجتهاده في مصالحهم العامة والخاصة . الشرح الكبير 190/2 .

خراجها فالنظر في تلك الأرض للسلطان أو نائبه يعطيها لمن يشاء ولا تورث عن ذلك الميت ، نعم وارثه أولى وأحق بها من غيره وهذا على المشهور ، وأما على مقابله من أن الأرض للمجاهدين كالغنيمة فإنها تورث عمن مات عن شيء منها[1] ، كذا في الدردير والدسوقي عند قول المصنف في الجهاد : « ووقفت الأرض كمصر إلخ »[2] وفي ضوء الشموع من المحل المذكور : ووقعت الفتوى
153/أ بالإرث / قيل : إلحاقا بالخلوات[3] والخراج كالحكر[4] ، وأما من قال تملك فيشكل عليه أخذ الخراج عليها ، وأفاد الدسوقي أنه يمكن أن الفتوى بالإرث بناء على هذا القول وإن كان ضعيفا نظرا للمصلحة وعدم الهرج ، وقول الأمير : إلحاقا لها بالخلوات أي أنه قد ثبت للمزارعين فيها حق يشبه الخلوات من جهة تحريكهم الأرض والعلاج فيها ، والخلو يورث كما سيأتي في الوقف ، ذكره الدسوقي هناك[5] ؛ فعلى مقابل المشهور من أنها تملك للمجاهدين ، من باع منهم شيئًا منها انتقل خراجه على المشتري تبعًا لها ، ومثل ذلك : من باع عقارًا محكرًا ، أي مجعولًا عليه مال معلوم لجهة وقف يؤخذ كل شهر أو سنة يسمى حكرًا عرفًا ؛ فإن دفع الحكر ينتقل على المشتري تبعا لما اشتراه كما أفاده شراح المختصر عند قول

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (والكلام فيها) أي في أرض الزراعة للسلطان أي فيمكن منها من شاء ، وإذا مات شخص وتحت يده أرض يزرعها ويؤدي خراجها فالنظر في تلك الأرض للسلطان أو نائبه يعطيها لمن يشاء ولا تورث عن ذلك الميت . نعم وارثه أولى وأحق بها من غيره وهذا على المشهور من وقف الأرض ، وأما على مقابله من أرض المجاهدين كالغنيمة ، فإنها تورث عمن مات عن شيء منها . حاشية الدسوقي 189/2 .

(2) جاء في الشرح الكبير (ووقفت الأرض) غير الموات من أرض الزراعة ، وكذا الدور على المشهور بمجرد الاستيلاء عليها ، ، ولا يحتاج إلى صيغة من الإمام ولا لتطييب نفس المجاهدين ، ولا يؤدى للدور كراء بخلاف أرض الزراعة . الشرح الكبير 189/2 .

(3) الخلوات : أخلوت بالأمر أي تفردت به ، نساء خلوات ، أي عزبات . لسان العرب (خلا) (1257) .

(4) الحكر : ادخار الطعام للتربص ، حكره يحكره حكرًا أي ظلمه وتنقسه وأساء معاشرته . لسان العرب (حكر) (949) .

(5) جاء في حاشية الدسوقي (قوله لمنافاتها ما تقدم) أي أنها وقف وقد يقال القول بوقفية أرض الزراعة ليس متفقًا عليه بل غاية الأمر أنه المشهور ، ومقابله أنها تقسم على الجيشة ، فلعل تلك الفتوى بناء على ذلك القول وهو إن كان ضعيفًا لكن نظرًا للمصلحة ودفع الهرج ، أو يقال : الأرض وإن كانت موقوفة على المشهور ولكن قد ثبت للمزراعين فيها حق يشبه الخلو من جهة تحريكهم الأرض والعلاج فيها والخلو يورث كما سيأتي في الوقف . حاشية الدسوقي 189/2 ، 190 .

المصنف في باب الحجر : أو لكونه موظفا [1] . وكذا أفاده الشيخ في شرح المجموع . وأما الصورة الثالثة : فلا يناسبها إلا ما كتب على الأولى ، وإذا اقتسم الورثة التركة ثم دفعوا للغريم ماله من الدين على الميت فإن القسمة تمضي بلا إشكال إذا لم تعلم الورثة بالغريم حين القسمة ، أما إن علموا واقتسموا قبل دفع الدين فهل لهم دفع ذلك الدين للغريم وتصح القسمة ؟ وهو ظاهر كلام المصنف ، أولا ، وهو قول مالك في كتاب محمد [2] ؟ ، ومثل دفع الجميع دفع البعض برضا
الباقي أو عدمه إن / لم يرجع الدافع في هذه الصورة بشيء مما دفعه ، كذا في 153/ب
الأجهوري عند قول المصنف في باب القسمة : وإن دفع جميع الورثة مضت ، وإذا صحت القسمة مع العلم قبل دفع الدين على ظاهر كلام المصنف ؛ فينبغي أن تصح بعد علم الورثة ودفعهم الدية بالأولى [3] فالبند بجميع صوره مناسب للمذهب .

بند 1252 – الحواله المرتبة في البنود السابقة يجري حكمها على الضامنين كما يجري على المدينين ، وإذا لم يدفع المحال عليه لرب الدين إلا بعض حقوقه وبقي البعض الآخر ؛ فإن حقوق الدائن الأصلي ومزاياه لا تزال باقية على قدر ما بقي له من الدين ، فله الامتياز والأولوية بقدر ذلك حتى يستوفي دينه . راجع بند 2011 وما بعده مدني [4] .

462 * معلوم أن الدين المحال عليه إذا كان بحميل واستمرت الحمالة بعد الحوالة فللمحال طلب الحميل يوجه ما سبق في الكلام على بند 1206 ، كما له طلب المدين ، وإذا كان الدين المحال عليه برهن واشترط دخوله في الحوالة بوجه مامر في الكلام على بند 1250 ودفع المحال عليه بعض الدين وبقي البعض ؛ جميع الرهن فيما بقي من الدين ؛ لأن جميع الرهن رهن في كل جزء من أجزاء الدين [5] ،
ولأنه قد تحول عليه الأسواق / فيرخص الرهن ولا يفي بما بقي من الدين إلا الرهن 154/أ
بتمامه ؛ فليس للراهن أخذ شيء منه . أفاده الدردير والدسوقي أواخر باب

(1) جاء في الشرح الكبير قوله (لكونه موظفًا) أي عليه خراج أي حكر فيباع ويبدل بما لا حكر عليه إلا أنه يكون الموظف أكثر نفعًا فلا يباع . الشرح الكبير 303/3 .
(2) المراد محمد بن المواز ، وقد سبقت له ترجمة .
(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 515/3 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 281/1 .
(5) قاعدة : جميع الرهن رهن في كل جزء من أجزاء الدين .

الرهن [1]، ومعلوم أنه إذا دخل الحميل في عقد الحوالة بالشرط كما مر في الكلام على البند المذكور ودفع المحال عليه للمحال بعض الدين ؛ فإن الحمالة باقية فيما بقي من الدين ؛ فصدر البند مناسب للمذهب إلى قوله : المدينين ، وقوله : وإذا لم يدفع إلخ مناسب للمذهب في صورة الحميل ، والمذهب أقوى منه في صورة الرهن .

الفرع الثالث [2]

« في الكلام على الخصم في وفاء الدين »

بند 1253 – إذا كان على المدين عدة ديون لدائن واحد ودفع شيئًا للوفاء كان له الحق عند الدفع أن يصرح بأن ما دفعه يخصم من دين كذا . راجع بند 1848 ، وبند 2081 ، وبند 2085 مدني [3] .

463 * إذا كان لزيد عشرون دينارًا على عمرو ، رهنه عمرو على عشرة منها رهنا ، ثم قضاه منها عشرة ، ثم إنه بعد القضاء بمدة أو حين القضاء ، قال الراهن : العشرة التي دفعتها لك قد بينت لك وقت دفعها أنها قضاء لدين الرهن ، وقال المرتهن : بل بينت أنها قضاء لدين غير الرهن ؛ فالحكم أنهما يتحالفان بحيث يحلف كل على نفي دعوى خصمه مع تحقيق دعواه ، ونقض العشرة المقبوضة على العشرين ؛ فتصير العشرة الباقية نصفها للرهن ونصفها الآخر بلا رهن ، سواء حل الدينان أو أحدهما أم لم يحلا ، اتحد أجلهما أو اختلف ، تقارب أو تباعد على المذهب ، ونكولهما كحلفهما ، ويقضى للحالف على الناكل . وللخمي تفصيل قواه البناني ردًّا على عبد الباقي ، وحاصله : أن محل توزيع المقبوض على الدينين إن كانا حالين أو مؤجلين واتفق أجلهما أو تقارب ، وأما إن كانا مؤجلين وأجلهما متباعد : فالقول قول مدعي الأجل القريب ، وكذا إذا حل أحدهما : فالقول لمدعيه ، وإذا كان على مدين مائتان أصالة ضمنه في إحداهما : شخص ، ثم دفع مائة فادعى القابض أنه بيّن عند الدفع أن المقبوضة هي التي بغير الحمالة ، وقال الدافع : بل بينت أنها هي التي

---

(1) مذكور بنصه في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 257/3 وما بعدها .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البند 1254 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 282 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 281/1 وما بعدها .

بالحمالة ؛ فإن المقبوض يوزع على الدينين بعد حلف المتنازعين كل على نفي دعوى صاحبه وتحقيق دعواه ، كذا في الدردير والدسوقي عند قول المصنف آخر باب الرهن : وإن اختلفا في مقبوض إلخ ، [1] وحكم النكول في هذه المسألة كالأولى كما صرح به الشيخ في شرح المجموع ، قال عبد الباقي : وقيد اللخمي المسألة بما إذا حل الدينان أو اتحد أجلهما أو تقارب ؛ فإن حل أحدهما فالقول لمدعي القضاء عنه .اهـ [2] . ومن هذا يعلم أنه متى ثبت بيان المدين عند الدفع بالبينة أو الإقرار فالعبرة / به [3] ، فالحق له في البيان حينئذٍ ؛ فالبند موافق للمذهب . 154/ب

بند 1255 – إذا كان على المدين عدة ديون ورضي المدين بخصم ما استلمه الدائن عن دين خاص من ديونه ؛ فلا يسوغ لهذا المدين بعد ذلك أن يطلب خصم هذه الدفعة من دين آخر ما لم يكن حصل في ذلك الخصم تدليس من الدائن أو استغفال . راجع بند 1109 ، وبند 1116 وما بعده مدني [4] .

464 * يؤخذ مما سبق موافقة هذا البند للمذهب من أوله إلى قوله : من دين آخر .

بند 1256 – إذا لم يكن في سند المخالصة خصم في مقابلة دين معين يحمل على أن الدفعة مخصومة من الدين الذي فيه للمدين عند الدفع عظيم منفعة في تسديده من الديون التي حل دفعها ، وإنما يكون الخصم بالأولوية عن الدين الحال [5] ، ولو كان أقل فائضا من الديون التي لم يحل أجلها ، فإذا كانت الديون مستوية كان الخصم عن أقدمها ، وعند عدم المرجح يكون الخصم توزيعيًا على كل دين من الديون بالنسبة العددية . راجع بند 1297 مدني [6] .

465 * قوله في البند : وإنما يكون الخصم إلخ يناسبه طريقة اللخمي السابقة في الكلام على بند 1253 ، وقوله : وعند عدم المرجح إلخ ، يناسبه ما مر من التوزيع في الكلام / على البند المذكور . 155/أ

---

(1) هذا التفصيل مذكور بنصه في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 261/3 .

(2) حاشية الدسوقي 261/3 .

(3) قاعدة : متى ثبت بيان المدين عند الدفع بالبينة أو الإقرار فالعبرة به .

(4 – 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 282/1 .

الفرع الرابع

« في الكلام على عرض دفع الدين على الدائن وإرصاد ما لم يأخذه الدائن على سبيل الوديعة عند أحد وكلاء الأمانات بالحجر على مبلغ الدين » (1)

بند 1257 – إذا امتنع رب الدين من الاستلام ؛ فإنه يسوغ للمدين أن يعرض عليه ذلك عرضًا حقيقيًّا مؤكدًا ؛ فإذا امتنع بعد القبول ؛ فإنه يرصد ذلك المبلغ المفروض دفعه . راجع بند 2186 مدني ، وبند 812 وما بعده محاكمات . والعرض الحقيقي المتبوع بالإرصاد ووضع المال على الوجه المذكور يخلص به طرف المدين ، ويكون ذلك مُنزَّلا منزلة الوفاء متى حصل العرض بوجه صحيح مستوفيا للشروط ، وإذا تلف الشيء المودع تكون خسارته على رب الدين . راجع بند 1234 مدني (2) .

466 * [تقدم الكلام على بند 1247] (3) ما يجب على رب الدين قبوله من الدين إذا أراد المدين دفعه ، فيؤخذ من الوجوب أن رب الدين يجبر على القبول في المسائل المذكورة هناك ، بل صرح بالجبر الحطاب ؛ حيث قال في باب الفلس عند قول المصنف : وحل به وبالموت ما أجل ما نصه : « قال في التوضيح : لو قال بعض الغرماء : لا أريد حلول عروضي ، وقال المفلس : بل حكم الشرع بحلول ما عليّ ولا أؤخرها ، فالقول للمفلس ، ويجبر المستحق على أخذها ، قاله في الموازية والعتبية » . اهـ (4) .

ويستمر ضمان ما يغاب عليه من الرهن إن قبض الدين من الراهن أو وهب له

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1259 إلى 1264 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 283 ، 284 ، 285 في المقارنة .

(2) المرجع السابق 282/1 وما بعدها .

(3) مثبت على هامش الأصل .

(4) جاء في مواهب الجليل للحطاب (وحل به وبالموت ما أجل) تصوره واضح (فرع) لو قال بعض الغرماء : لا أريد حلول عروضي ، وقال المفلس : بل حكم بحلول ما علي ولا أؤخرها فالقول للمفلس ، ويخير المستحق قاله في الموازية والعتبية ، واعترضه اللخمي بأن الحلول إنما كان لحق رب السلع فيكون القول له في التأخير اهـ مواهب الجليل 39/5 .

– والموازية كتاب من كتب المذهب المالكي لمحمد بن المواز ، وقد سبقت له ترجمة ، والعتبية أيضا من كتب المذهب المالكي لمحمد بن أحمد العتبي من علماء المذهب الأجلاء .

حتى يسلمه المرتهن لربه ، ولا يكون بعد البراءة من / الدين قبل تسليمه كالوديعة ؛ 155/ب
لأنه قبض على وجه التوثق لا الأمانة ، إلا أن يحضره المرتهن لربه بعد البراءة من الدين فيعرض عنه سواء قال له : اتركه عندك أولا ، أو يدعوه لأخذه من غير إحضار ؛ فيقول ربه : اتركه عندك ، وإن لم يقل : وديعة ؛ فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه صار أمانة ؛ فإذا لم يقل في الثانية : اتركه عندك ؛ فالضمان . كذا في الدردير والدسوقي عند قول المصنف آخر باب الرهن : واستمر ضمانه إلخ [1] .

ويؤخذ منه أنه إذا عرض المدين الدين لربه وكان واجب القبول [كما في المسائل المارة وامتنع ربه من القبول] [2] وتلف قبل تمكنه من جبره على قبوله ؛ فإن ضمانه يكون من رب الدين ؛ فلصدر البند مناسبة ضعيفة بالمذهب ، ولقوله آخره : وإذا تلف الشيء إلخ مناسبة جيدة بالمذهب .

بند 1258 – يشترط لصحة العرض واعتباره شروط ، أحدها : أن يكون عرض ذلك على دائن فيه أهلية الاستلام ، أو على وكيله . راجع بند 1239 مدني . ثانيها : أن يكون العرض صادرًا عن إنسان فيه أهلية الوفاء . راجع بند 1238 مدني . ثالثها : أن يكون المعروض جميع المبلغ المطلوب بما عليه من الفائض والإيراد والمصاريف التي انصرفت بالفعل وعلم قدرها ، أو التي يتوقع صرفها فيما بعد بشرط أن يلتزم / زيادة عما عرضه بتوفية ما يقتضى صرفه إن زاد عن ذلك 156/أ
[كله] [3] رابعا : أن يكون قد حل الأجل المضروب لرب الدين . راجع بند

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي (قوله واستمر ضمانه إن قبض الدين) يعني أن الوصي إذا كان مما يضمن بأن كان مما يغاب عليه ؛ فإن ضمانه من المرتهن ، ولو قبض دينه من الراهن أو وهبه له ؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يسلمه لربه ، ولا يكون ذلك الرهن عند المرتهن بعد براءة ذمة الراهن (أو وهب) له حتى يسلمه المرتهن لربه ، ولا يكون بعد البراءة من الدين قبل تسليمه كالوديعة ؛ لأنه قبض على وجه التوثيق به لا الأمانة (إلا أن يحضره المرتهن) لربه بعد البراءة من الدين (أو يدعوه لأخذه) من غير إحضار (فيقول) ربه : (اتركه عندك) ، وإن لم يقل : وديعة فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه صار أمانة ، فإذا لم يقل في الثانية : اتركه عندك فالضمان ولا مفهوم ليدعوه لأخذه ، بل متى قال بعد قضاء الدين في الثانية : اتركه عندك فلا ضمان . ثم شرع يتكلم على ما إذا جنى الرهن بعد حيازة المرتهن له على مال أو بدن . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 255/3 ، 256 .

(2) مثبت على هامش الأصل .

(3) ساقطة من الأصل ، وأكملتها اعتمادا على ما جاء في نص البند المذكور من تعريب القانون الفرنساوي المدني 283/1 .

1186، وبند 1187 مدني . خامسها : أن تكون الشروط التي كانت بينهما في العقد قد جرت مجراها . راجع بند 1168 ، وبند 1181 مدني . سادسها : أن يكون عرض الوفاء في المحل المتفق على الوفاء فيه ، وإذا لم يكن اتفاق خصوصي على ذلك فإن العرض بالوفاء يكون إما ليد رب الدين ذاته ، أو لموطنه الأصلي ، أو منزله المنتخب لتنفيذ العقد . راجع بند 1133 ، وبند 1247 ، وبند 1264 مدني . سابعها : أن يكون ذلك العرض بواسطة أحد أرباب الوظائف المحكمية المأمورين بتنفيذ مثل هذه العقود . راجع بند 352 ، وبند 812 وما بعده محاكمات [1] .

467 * للشرط الرابع والسادس في هذا البند مناسبة لما مر في الكلام على بند 1247 .

الفرع الخامس

« في الكلام على تخلي المدين عن أمواله للغرماء »

بند 1265 – التخلي عن الأموال للغرماء هو ترك المدين جميع أمواله لأرباب الديون عند العجز عن وفائه بها . راجع بند 1945 مدني ، وبند 800 ، وبند 898 وما بعده ، وبند 905 محاكمات [2] .

468 * تقدم في الكلام على بند 1124 أن المفلس إما بالمعنى الأعم وهو قيام
156/ب الغرماء ، أو بالمعنى الأخص وهو حكم بخلع / ما بيده لغرمائه بالشروط المعلومة في المذهب [3] ، وذلك عند إحاطة الدين بماله كما هو موضوع باب الفلس ، والمعنى الثاني هو المناسب للبند .

بند 1266 – وهو قسمان : اختياري وإيجابي [4] .

469 ** موافق للمذهب .

بند 1267 – فالأول : هو ما يرضى به الغرماء طوعًا واختيارًا ولا يترتب عليه من الأحكام إلا ما تقتضيه شروط العقد الواقع بين الدائن والمدين . راجع بند 1134 مدني [5] .

470 * موافق للمذهب .

---

(1) المرجع السابق 283/1 وما بعدها . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 285/1 .

(3) راجع الشرح الكبير لأبي البركات الدردير 263/3 وما بعدها .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 285/1 . (5) السابق 286/1 .

بند 1268 – والثاني : هو رخصة مشروعة لمدين معسر إعسارا [1] لا غش فيه ؛ فلأجل خلاص نفسه يتخلى بإيجاب المحكمة ذلك عليه من جميع أمواله لأرباب الديون ما لم يكن هناك شرط ينافي ذلك . راجع بند 6 ، وبند 2059 وما بعده ، وبند 2268 مدني [2] .

471 * مناسب للمفلس بالمعنى الأخص كما مر .

بند 1269 – والتخلي الإيجابي ممن عجز لا يملك به الغرماء أملاك المدين ، وإنما يجعل لهم الحق في بيعها للاستيفاء منها ، وفي قبض أرباحها وفوائدها إلى تمام بيعها . راجع بند 2092 وبند 2093 مدني وبند 904 محاكمات [3] .

472 * يبيع الحاكم مال المفلس إن خالف جنس دينه ، أو / صفته ، بعد أن يثبت كل غريم 157/أ
دينه بالبينة ، وبعد إعذار الحاكم للمفلس في كل بينة [4] ، ولكل واحد من الغرماء في البينة الشاهدة لكل واحد وبعد إعذاره لكل من القائمين ؛ لأن لكل الطعن في بينة صاحبه ، وبعد حلف كل أنه لم يقبض شيئًا من دينه ولا أسقطه ولا أحال به وأنه باق في ذمته إلى الآن ، ويندب كون البيع يحضره المفلس ؛ لأنه أقطع لحجته ، ولا يباع إلا بالخيار للحاكم ثلاثة أيام ؛ لطلب الزيادة في كل سلعة إلا ما يفسده التأخير ، فإن باعه بغير خيار بأن اشترط البت ؛ فلكل من الغرماء والمفلس الرد أيّاما ؛ كذا في الدردير والدسوقي عند قول المصنف في الفلس وبيع ماله إلخ [5] ، فالبند مناسب للمذهب .

---

(1) الإعسار ، وهو الضيق والمعسر : الذي يُقَعِّط على غريمه . لسان العرب (عسر) (2939) .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني286/1 .

(4) قاعدة : يبيع الحاكم مال المفلس إن خالف جنس دينه ، أو صفته ، بعد أن يثبت كل غريم دينه بالبينة وبعد إعذار الحاكم للمفلس في كل بينة .

(5) جاء في حاشية الدسوقي (قوله فإن باعه بغيره) (أي بغير خيار بأن اشترط البت (قوله لطلب الزيادة) فإذا زاد أحد في تلك المدة على ثمن المشتري الأول رد الحاكم بيعه ، وباع لهذا الثاني ، ثم إن بيع الحاكم – وإن كان منحلًا في جهته – فهو لازم من جهة المشتري ؛ ولذا تلزمه نفقة المبيع وإذا كان الضمان منه .
وجاء في الشرح الكبير قوله : (وبيع مالُه) أي باعه الحاكم إن خالف جنس دينه أو صفته بعد ثبوت الدين عليه والإعذار للمفلس فيما يثبت عنده من الدين ولكل من القائمين في دين صاحبه ، وبعد حلف كل أنه لم يقبض شيئًا من دينه ولا أسقطه ولا أحال به وأنه باق في ذمته إلى الآن بحضرته ندبًا ؛ لأنه أقطع لحجته (بالخيار) للحاكم فإن باعه بغيره فلكل من الغرماء والمفلس الرد أيامًا (ثلاثًا) . الشرح الكبير حاشية الدسوقي 269/3 .

بند 1270– ليس لأرباب الديون الامتناع من التخلي الإيجابي إلا في صور استثناها القانون ، ويعافى المدين بالتخلي من القبض على بدنه ومن حبسه ، وبالجملة فلا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا بقدر قيمة ما تخلى عنه من المال ؛ فإن كانت غير كافية لخلاص ما في ذمته من الدين وحدث له أموال أخرى تعلقت بها الديون أيضا [1] ، ووجب عليه أن يتخلى منها أيضا إلى تمام وفاء ما بذمته [2] .

157/ب **473** * قول البند : وبالجملة إلى آخره مناسب للمذهب مناسبة تامة / .

الفصل الثاني

« في التجديد » [3]

بند 1271 – يتجدد عقد الدين بثلاثة أوجه ، الأول : أن يعقد المدين مع رب الدين على دين جديد موضع القديم ؛ فينتهي القديم بذلك . الثاني : أن ينتقل الدين من ذمة إلى أخرى بشرط رضا الدائن بعدم الرجوع على الأول . الثالث : أن يؤول الدين من دائن أول إلى دائن ثان تبرأ ذمة المدين بمجرد انتقال الدين له . راجع بند 1278 وما بعده ، وبند 1690 مدني [4] .

474 * يناسب الوجه الثاني من هذا البند ما مر من تعريف الحوالة في الكلام على بند 1249 ، ويناسب الوجه الثالث منه ما مر في الكلام على بند 1236 .

بند 1272 – يكون تجديد عقد الدين لمن فيه أهلية للعقود . راجع بند 1123 مدني [5] .

* معلوم أن [6] الوفاء والحوالة إنما يكونان ممن فيه أهلية للتصرف شرعًا .

بند 1273 – لا يقتصر في الحكم بتجديد الدين على الكنايات ، بل لابد من كونه صريحًا عن تراضي الطرفين . راجع بند 1277 مدني [7] .

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني286/1 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1275 ، 1281 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 288 في المقارنة .

(4) السابق 286/1 وما بعدها .

(5) السابق 287/1 .

(6) قاعدة : الوفاء والحوالة يكونان ممن فيه أهلية التصرف شرعًا .

(7) تعريب القانون الفرنساوي المدني 286/1 .

475 * من أركان الحوالة صيغتها ، أي لفظها الخاص كأحلتك على فلان ، وحولت حقك عليه ، وأنت محال [1] ، وقال ابن عرفة : هي ما دل على ترك المحال دينه في ذمة المحيل بمثله في ذمة المحال عليه [2] . اهـ . وظاهره سواء كانت / 158/أ الدلالة بطريق الصراحة أو لا ، كذا في الدردير والدسوقي من باب الحوالة [3] ، فالبند مناسب لظاهر كلام المصنف [4] بالنسبة للحوالة .

بند 1274 – انتقال الدين بالحوالة إلى ذمة جديدة يصح ولو بدون علم المدين الأصلي ولو لم يرض بالحوالة . راجع بند 1279 وما بعده مدني [5] .

476 * شرط صحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط ، لا المحال عليه ؛ فلا يشترط [رضاه] [6] على المشهور بل هي صحيحة رضي أو لم يرض ، إلا إذا كان بينه وبين المحال عداوة سابقة على وقت الحوالة ؛ لا تصح الحوالة على المشهور حينئذ ، وهو قول مالك ، ولا يشترط حضور المحال عليه ولا إقراره على أحد القولين المرجحين [7] ، كذا في الدردير والدسوقي أول باب الحوالة ، وكذا لا يشترط علمه

---

(1) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 326/3 .

(2) قال الدردير في الموضع المذكور : « وهو شامل لنحو : خذ حقك من فلان ، وأنا بريء منه ونحو ذلك ، فلا تنحصر صيغتها في لفظ مشتق من الحوالة ، وهذا هو المعتمد خلافا لظاهر كلام المصنف » راجع : الشرح الكبير 326/3 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي (قوله وصيغتها) عطف على قوله رضا المحيل وفي كلام المصنف مسامحة ؛ لأن الصيغة ركن لا شرط لكن الفقهاء قد يتسامحون فيطلقون الشرط على الركن (قوله ما دل إلخ) ظاهره كانت الدلالة بطريق الصراحة أولا وقوله في ذمة المحال عليه (قوله خلافًا لظاهر المصنف) فيه أن ظاهر المصنف لا يقتضي انحصار صيغتها في اللفظ المشتق من الحوالة إلا أن يقال إن هذا ظاهره بمعونة ما ذكره في الهبة . حاشية الدسوقي 326/3 .

(4) المراد به الشيخ خليل صاحب المختصر ، وقد سبقت له ترجمة ، وراجع في تخريج قوله الشرح الكبير على المختصر 3 / 326 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 287/1 .

(6) مثبت على هامش الأصل .

(7) جاء في الشرح الكبير (شرط) صحة (الحوالة رضا المحيل والمحال فقط) لا المحال عليه على المشهور ولا يشترط حضوره وإقراره على أحد القولين المرجحين والثاني يشترط .

وجاء في حاشية الدسوقي (قوله شرط صحة الحوالة) .... (قوله لا المحال عليه) أي فلا يشترط رضاه على المشهور ، بل هي صحيحة رضي أو لم يرض وإذا كان بينه وبين المحال عداوة سابقة على وقت الحوالة فلا تصح الحوالة حينئذ على المشهور ، وهو قول مالك ، فإن حدثت العداوة بعد الحوالة منع المحال من اقتضاء الدين من المحال عليه ووكل من يقتضيه منه ؛ لئلا يبالغ في أيذائه بعنف مطالبته . (قوله على أحد القولين المرجحين) فيه نظر بل الراجح اشتراط الحضور ، وأما عدم اشتراطه فقد انفرد بتشهيره ابن سلمون ، وهو معتقب بما نقله الحطاب من اقتصار الشيوخ على اشتراط . لكن في البدر القرافي خلافه من ترجيح عدم اشتراطه . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 325/3 .

كما صرح به الحطاب هناك [1] ، فالبند موافق للمذهب بتقييده بعدم العداوة .

بند 1276 – الدائن الذي تحول بدينه ورضي بأنه لا رجوع له على المحيل ، فليس له الرجوع عليه ولو أعسر المدين الثاني المحال عليه ، ما لم يكن العقد مشروطا فيه ذلك ، أو كان قد استبان إعساره قبل الحوالة ، أو استبان حالة كساد
158/ب أمواله وضعضعة حاله في وقت عقد الحوالة . راجع بند 1446 ، وبند 1613 / وبند 1865 ، وبند 2003 ، وبند 2032 مدني ، وبند 437 تجاري [2] .

477 * في الحطاب عن المدونة عند قول المصنف : « ويتحول حق المحال إلخ » ما نصه : « وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين فرضيت باتباعه ؛ فلا ترجع عليه بشيء في غيبة المحال عليه أو عُدْمه ، أبو الحسن الصغير [3] قال اللخمي : إلا أن يشترط أنه يرجع ، فإن أفلس أو مات فله شرطه [4] وهو قول المغيرة [5] اهـ . » [6] وإذا علم المحيل فقط بعدم المحال عليه دون المحال ؛ فله الرجوع على المحيل ؛ لأنه غره ، والظن القوي كالعلم [7] ، ومثل علمه بعدمه علمه بلَدَده أو إفلاسه [8] ؛ فالبند مناسبة تامة بالمذهب .

بند 1277 – إذا صدر من المدين مجرد تحويل على إنسان بدفع الدين عنه فلا يعد ذلك تجديدًا للدين ومثل ذلك ما إذا أحال رب الدين إنسانا ليستلم عنه الدين . راجع بند 1275 مدني [9] .

478 * هذا البند لا يأباه الشرع .

---

(1) نص عليه الحطاب في مواهب الجليل 91/5 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 287/1 .

(3) أبو الحسن الصغير هو : القاضي أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي عرف بالصغير مصغرًا ومبكرًا الشيخ الإمام العمدة الهمام ، الجامع بين العلم والعمل ، المبرز الأعدل ، ومقامه في التحقيق والتحصيل يضرب به المثل ، كان إليه المفزع في المشكلات والفتوى ، حفظ كتاب الفصيح في ليلة واحدة في حكاية ، أخذ عن جلة منهم : راشد بن أبي راشد ، وابن مطر الأعرج ، وتوفي سنة 719 هـ . شجرة النور الزكية ص 215 .

(4) مذكور بنصه في مواهب الجليل 94/5 ، 95 .

(5) هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، الإمام الفقيه ، أحد من دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك ، وأحد أصحاب الترجيح في المذهب ، سمع : أباه ، وهشام بن عروة ، وأبا الزناد ، ومالكا ، توفى سنة 188 هـ . (شجرة النور الزكية ص 56) .

(6) وقول المغيرة المذكور محكي في مواهب الجليل 95/5 .

(7) قاعدة : الظن القوي كالعلم .

(8) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير 328/3 .

(9) تعريب القانون الفرنساوي 287/1 .

بند 1278 – الدين المستعوض بدين آخر إذا كان له مزايا الأولوية أو مضمونا برهون ؛ فلا تنتقل هذه المزايا والرهون إلى المحال عليه ؛ مالم يكن اشترط ذلك رب الدين صراحة في العقد . راجع بند 1279 وما بعده ، وبند 1299 مدني [1] .

479 * في شرح أصيل نقلًا عن قول المصنف في الحوالة : « ويتحول حق / المحال » [2] إلخ : لو كان دين المحال برهن أو حميل ؛ فينبغي أن يسقط حقه من الرهن والحميل ؛ لأن ذمة المحيل برئت ، وإذا برئ الأصل برئ الضامن . اهـ . ويناسبه أول البند إلى قوله : ما لم يكن إلخ . 159/أ

ثم وجدت في الكلام على بند 1250 تنبيهًا منقولًا عن عبد الباقي مناسبًا لجميع البند جدًّا .

بند 1279 – إذا حصل تجديد عقد الدين بتحويله من ذمة إلى أخرى جديدة ؛ فالمزايا والرهون المضروبة للدين قبل التجديد على أمتعة وأموال المدين الأول تسري على تعلقات المدين الثاني . راجع بند 1271 ، وبند 1274 ، وبند 1278 ، وبند 1280 وما بعده مدني [3] .

480 * هذا البند مناسب لما مر في الكلام على بند 1250 .

بند 1280 – إذا حصل التجديد بين رب الدين وأحد الشركاء المدينين المتضامنين بالتحويل عليه ؛ فلا يسري اشتراط ترتب المزايا والضمانات بالرهون إلا على أموال المحال الذي تجدد عليه الدين . راجع بند 1208 ، وبند 1274 ، وبند 1279 ، وبند 1281 مدني [4] .

481 * إذا أحال رب الدين الذي فيه التضامن على أحد المتضامنين بقدر ما عليه فقط ، واشترط في عقد الحوالة : دخول الحملاء ، أو دخول رهن ؛ فإنما يكون ذلك في مجرد دين المحال عليه فقط الذي تحول عليه / حق المحال دون دين البقية المتضامنين ، ويكون الرهن من مال المحال عليه وحده كما يؤخذ من قواعد المذهب 159/ب

(1) السابق 288/1 .

(2) جاء في الشرح الكبير (قوله ويتحول) بمجرد عقد الحوالة (حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد) المحال عليه الحق بعد عقد الحوالة ، وأما جحده قبلها ولابينة فلا يصح لفقد شرطها من ثبوت الدين بخلاف الفلس حين الحوالة . الشرح الكبير 328/3 .

(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 288/1 .

مع ما مر في الكلام على بند 1250 ؛ فالبند مناسب للمذهب جدًّا .

الفصل الثالث [1]

« في الإبراء من الدين »

بند 1282 – إذا سلم الدائن للمدين بالطوع والاختيار سند الدين الأصلي الذي عليه إمضاء المدين والدائن كان ذلك دليلا يعمل به في براءة المدين من الدين . راجع بند 1234 ، وبند 1315 وبند 1318 وما بعده وبند 1341 وبند 1350 وما بعده مدني [2] .

482 * في الحطاب آخر باب الشهادات عن ابن رشد : أنه إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وإن [3] طال [4] ، واختاره التونسي [5] إذا كان ذلك بوثيقة مكتوبة وهي في يد الطالب والطلب بسببها ؛ لأن بقاءها بيد ربها دليل على أنه لم يقبض دينه ؛ إذ العادة إذا قبض الدين أخذ عقده أو مزقه ، بخلاف ما إذا كانت الديون بغير عقود ، ولو وجدت بيد المطلوب ففيها قولان حكاهما ابن رشد وخرجهما على القولين في الرهن إذا وجد بيد الراهن هل هو إبراء له أم لا ؛ لجواز وقوعه أو التسور عليه ونحو ذلك . اهـ [6] . وانظر كلام الحطاب هذا مع قول المصنف آخر باب الفلس : « ولربها ردها إن ادعى سقوطها . » [7] ولم يذكر هو ولا شراحه قولا آخر
160/أ بل جزموا جميعا – حتى الحطاب – بأن وجودها / بيد الغريم لا يكون براءة [8] .

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1285 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 289 في المقارنة .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 289/1 .
(3) قاعدة : إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وإن طال .
(4) مواهب الجليل للحطاب 229/6 .
(5) التونسي هو : أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي الإمام الفقيه الحافظ الأصولي المحدث العالم العامل الصالح المجاب الدعوة ، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن ، وأبي عمر بن الفاسي ، ودرس الأصول على الأزدي وغيرهم ، وتفقه به جماعة منهم : ابن سعدون ، وعبد الحميد الصايغ ، له شروح حسنة وتعاليق متنافس فيها على كتاب ابن المواز والمدونة وتوفي سنة (443 هـ) . شجرة النور الزكية ص 108 .
(6) مواهب الجليل للحطاب 229/6 وما بعدها .
(7) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 291/3 .
(8) جاء في مواهب الجليل للحطاب : وقال محمد بن الحكم : لا يقطع وثيقة الدين ، ولا يجبر ربها على إعطائها ، ويجبر على أن يكتب له براءة في الموضع الذي فيه الشهود عليه ونحوه في وثائق . قال ابن رشد في الرسم المذكور : وأما إذا أبى الذي بيده الوثيقة من الإشهاد على نفسه بقبض ما فيها ، وقال للذي عليه الدين : خذ الوثيقة أو قطعها فتلك براءتك فليس له ذلك ، ويلزمه الإشهاد على نفسه . يقوم ذلك من غير مسألة منها مسألة رسم العرية اهـ . مواهب الجليل 56/5 .

وفي ذاك المقام أبحاث شريفة تناسب ما هنا ، منها : قول المصنف : كوثيقة زعم ربها سقوطها مع ما كتبه عليه شراحه . فالبند موافق لأحد القولين في المذهب .

بند 1283 – وأما إذا سلمه اختيارًا صورة السند منسوخة من مسودة المأذونين بالوثائق ؛ فإن ذلك دليل أيضا على براءة المدين من الدين أو دفعه للدائن ؛ ما لم يثبت صاحب الدين خلاف ذلك . راجع بند 1315 ، وبند 1349 وما بعده مدني ، وبند 256 محاكمات [1] .

483 * لا يناسب هذا البند إلا ما في المصنف والدردير أواخر باب الفلس ، ونصه : « وقضى على رب الدين بأخذ المدين الوثيقة منه وبالخصم عليها ، أي الكتابة على ظاهرها بالوفاء كما قاله [2] ابن عبد الحكم [3] ؛ لئلا يدعي رب الدين سقوطها منه فيقبل أو يخرج صورتها من السجل إن كان لها سجل ويدعي بها . اهـ » [4] ولينظر بسط الكلام في إخراج الصورة من السجل في غير هذا الشرح ؛ فلعل له مناسبة أشد من هذه .

بند 1284 – ومتى ثبتت البراءة لمدين متضامن سرت البراءة لشركائه المتضامنين ، سواء كانت بتسليم السند الأصلي لأحدهم أو بتسليم صورته / 160/ب المنسوخة من المسودة . راجع بند 1200 ، وبند 1208 مدني [5] .

484 * معلوم أنه متى أبرأ رب الدين أحد المدينين المتضامنين مما عليه من الدين برئ [6] من معه من المتضامنين من ضمانه ، كما في المصنف من الضمان : « وإن برئ الأصل برئ » أي الضامن [7] ، واستمر عليه هو ضمان البقية . فالبند مناسب للمذهب .

بند 1286 – رد الرهن المأخوذ على الدين للمدين لا تثبت به البراءة .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 289/1 .

(2) الشرح الكبير للدردير على مختصر المصنف « خليل » 290/3 ، 291 .

(3) هو محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، أحد الفقهاء الراسخين ، انتهت إليه رئاسة العلم بمصر في وقته ، سمع من : أبيه ، ومن ابن وهب ، وابن القاسم وغيرهم ، له تآليف كثيرة منها : أحكام القرآن ، وكتاب الوثائق والشروط ، وكتاب الرد على الشافعي ، وكتاب الرد على أهل العراق ، وكتاب القضاة ، وغيرها ، توفي سنة 182 هـ . ترجمته في (تذكرة الحفاظ 115/1 ، شذرات الذهب 154/2 ، مرآة الجنان 2 /18 ، شجرة النور الزكية 67) .

(4) الشرح الكبير 290/3 ، 291 . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 289/1 .

(6) قاعدة : متى أبرأ رب أحد المدينين المتضامنين مما عليه من الدين برئ من معه من المتضامنين من ضمانه .

(7) التاج والإكليل على مختصر خليل 104/5 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 336/3 وما بعدها .

راجع بند 2071 وما بعده ، وبند 2076 مدني [1] .

485 * معلوم أن رد المرتهن الرهن وإبقاء دينه بلا رهن من المعروف ، وهو لا حجر فيه ؛ فله ذلك كما يستفاد مما قالوه عند قول المصنف في الرهن : « وعلى الرد أو اختيارًا له أخذه » [2] . ومما قالوه خصوصا الأجهوري عند قول المصنف في الرهن : « كاستحقاق بعضه » [3] ، وحينئذ فرده الرهن للمدين لا يقتضي براءته من أصل الدين ، فالبند موافق للمذهب .

بند 1287 – إذا أبرأ الدائن المدين كان ذلك براءة لضمانه ، وأما معافاة الضمان من الضمانة فلا تعد براءة للمدين من ذلك الدين ، وكذلك معافاة أحد الضمان من الضمانة لا تسري على الباقين . راجع بند 1365 ، وبند 2025 ، وبند 2034 ، وبند 2038 / مدني [4] . 161/أ

486 * إذا برئ المدين بهبة الدين له أو موته مليا ورب الدين وارثه أو نحو ذلك برئ الضامن ؛ لأن طلبه فرع ثبوت الدين على الأصل ، وليس كلما برئ الضامن برئ الأصل ، بل قد يبرأ وقد لا يبرأ ، كبراءة الضامن من الضمان بانقضاء مدة ضمانه ، وكما إذا وهب رب الدين دينه للضامن ؛ فإن الأصل يكون مطلوبا له . كذا في الدردير عند قول المصنف في الضمان : « وإن برئ الأصل [5] برئ » [6] .

ومعلوم أن حط الضمان عن أحد الضامنين لا يسري على الباقين ، وحط الضمان عن الضامن معروف سائغ ، كما يستفاد ذلك من الدردير وغيره عند قول المصنف في باب الضمان : « وله طلب الدائن المستحق بتخليصه إلخ » [7] . فالبند موافق للمذهب .

بند 1288 – فإذا دفع أحد الضامنين لرب الدين قسطًا لتخليص ذمته من الضمانة خصم ذلك الشيء من الدين وبرئت ذمة المدين المضمون وباقي

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 289/1 .
(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 243/3 .
(3) انظر المرجعين السابقين 258/3 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 289/1 .
(5) قاعدة : إذا برئ الأصل برئ الضامن .
(6) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل « المصنف » 336/3 وما بعدها .
(7) جاء في الشرح الكبير قوله (وله) أي للضامن (طلب المستحق) وهو رب الدين (بتخليصه) من الضمان (عند) حلول (أجله) أي الدين ولو بموت المدين أو فلسه . الشرح الكبير 338/3 .

الضامنين . راجع بند 1236 ، وبند 1253 وما بعده مدني [1] .

487 * معلوم أنه إذا كان هناك جماعة شركاء في الدين متضامنون كما مر دفع أحدهم قسطًا منه برئت / ذمة المدين المضمون من هذا القسط وذمة باقي الضامنين منه فقط ؛ فالبند مناسب للمذهب . 161/ب

الفصل الرابع [2]

في المقاصة عند تكافؤ الديون

بند 1289 – إذا كان متداينان كل منهما مدين للآخر ودائن له فلابد بينهما من المقاصة ؛ حتى تنقطع المطالبة بينهما ، وتكون المقاصة على الوجه الآتي . راجع بند 1234 ، وبند 1290 وما بعده ، وبند 1623 وما بعده ، وبند 1850 مدني [3] .

488 * المقاصة هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه ، وإذا حل الدينان ، أو اتفقا أجلا ، أو طلبها من حل دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها . كذا في الدردير أول فصل المقاصة [4] ؛ فللبند مناسبة بالمذهب .

بند 1290 – يكون لكل من المتداينين الحق الكامل في إجراء المقاصة ، وهي حق للمتداينين فلا تحتاج إلى رضا منهما ، بل بالتعادل يتساقطان فيرتفع كل من الدينين عن صاحبه على قدر ما يكون لأحدهما على الآخر [5] .

489 * معلوم أن لكل من المتداينين في الصور الثلاث المتقدمة حقًّا في المقاصة ؛ فيقضى بها لمن طلبها كما في الدسوقي عن البناني [6] ، فصدر البند يناسب المذهب .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 290/1 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1295 ، 1298 ، 1299 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ1 ص 291 ، 292 في المقارنة .

(3) السابق .

(4) جاء في الشرح الكبير (تجوز المقاصة) وهي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروط ، وعبر بالجواز إما لأنه الغالب ، أو لأن المراد به الإذن الصادق بالوجوب إذا حلّ الدينان ، أو اتفقا أجلًا ، أو طلبها من حلّ دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها . الشرح الكبير 227/3 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 290/1 .

(6) جاء في حاشية الدسوقي (قوله : أو لأن المراد به الإذن الصادق بالوجوب) أي ليس المراد بالجواز المستوي الطرفين القسيم للوجوب لوجو بها إذا حل الدينان إلخ . واعترضه البناني : بأن هذا يقتضي حرمة العدول عنها =

162/أ **بند 1291** – لا تقع المقاصة إلا بين دينين موضوع / كل منهما مقدار معين من النقود أو من الأعيان المقدرة بالكيل أو الوزن إذا كانت من جنس واحد ؛ بشرط أن يكون كل منهما معلوم المقدار ، وأن يكونا حالين يصح المطالبة بكل منهما ؛ فإن كان الدين من جنس الحبوب أو ما أشبهها من المطعومات المعلومة أثمانها من أسعار سوق البلدة وكانت غير متنازع فيها ؛ فإنه يصح فيها المقاصة بقدر مقابلها من النقود الحالة التي يلزم المدين بها دفعها [1] .

490 * الصورتان المذكورتان أول البند ليست أولاهما توافق المذهب بإطلاقها ، ولا ثانيتهما توافقه بحالها ؛ بل لكل واحدة منهما تفصيل في المذهب يعلم من باب المقاصة ، وهو باب كثير الصور ، ولهما مناسبة بالمذهب جلية تعلم بالاطلاع على ما ذكر . وقال الحطاب أول باب المقاصة : فإن اختلف الدينان ؛ قال ابن بشير [2] : كعروض في ذمة وعين في ذمة أخرى ، أو عروض وطعام ، أو عين وطعام جازت المقاصة على الإطلاق ، حل الدينان أم لم يحلا ، اتفقت آجالهما أو اختلفت . اهـ [3] . المذهب أقوى من آخر البند ، أعني قوله : فإن كان الدين من جنس إلخ ؛ للإطلاق في المذهب والتقييد هنا .

162/ب **بند 1292** – إذا حل أجل الوفاء بالدين فأمهله / الدائن بفسحه في الدفع معروفا منه ؛ فهذا لا يمنع من المقاصة . راجع بند 1244 ، وبند 1900 ، وبند 2212 مدني ، وبند 122 محاكمات [4] .

= في صور الوجوب ولو تراضيا على ذلك وليس كذلك ، بل المراد بالوجوب هنا القضاء بها لطالبها اهـ أي وحينئذ فالمراد بالجواز في المصنف المستوي الطرفين ، وهذا لا ينافي القضاء بها لطالبها في هذه الأحوال الثلاثة فتأمل . حاشية الدسوقي 227/3 .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 290/1 .

(2) ابن بشير هو : أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير الأنوصي المهدوي الإمام العالم الجليل الحافظ النبيه بينهما وبن أبي الحسن الأخمس ، وأخذ من الهمام السبوي وغيره ، ألف كتاب التنبيه ، وذكر فيه أسرار الشريعة ، وكتاب المختصر وذكر فيه أنه أكمله ، مات شهيدًا سنة 526 هـ .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب : وقوله : في ديني العين اعلم أن المصنف قسم الدين على ثلاثة أقسام : إما أن يكون عينًا ، أو طعامًا ، أو عرضًا . فإن اختلف الدينان قال ابن بشير : كعروض في ذمة ، وعين في ذمة ، أو عرض وطعام ، أو عين وطعام : جازت المقاصة على الإطلاق حل الدينان أم لم يحلا اتفقت آجالهما أم اختلفت اهـ مواهب 55/4 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 290/1 .

491 * هذا البند موافق للمذهب .

بند 1293 – فتأتي المقاصة في الدينين أيًّا ما كان سبب ترتبهما في الذمة إلا في ثلاث حالات .

الأولى : فيما إذا كان أحد المدينين مغصوبا وطلبه ربه . راجع بند 2060 ، وبند 2061 وبند 2233 مدني .

الثانية : فيما إذا كان أحدهما وديعة أو عارية وطلب ربه إرجاعه . راجع بند 1885 ، وبند 1932 مدني .

الثالثة : فيما إذا كان أحد الدينين مرتبًا معاشًا للقوت الضروري الذي لا يمكن حجره لاستيفاء الديون . راجع بند 1015 مدني ، وبند 581 ، وبند 582 محاكمات [1] .

492 * تتأتي المقاصة في الدينين ، سواء كان كل منهما عينا أو طعاما أو عرضا ، كانا من بيع أو قرض ، أو مختلفين [2] ، والمغصوب لا يعد دينًا شرعًا ولا تقع فيه مقاصة [3] ، وعلى الغاصب رده لربه ، والوديعة والعارية كذلك . وعلى من عنده إحداهما ردها لربها متى طلب الرد بوجه شرعي ، وإذا وجبت نفقة شرعية لمدين على دائن لعسره وعدمه وأراد الدائن المقاصة بدينه / في دين النفقة التي وجبت 163/أ عليه فلا يمكن من ذلك لاضطرار من وجبت له النفقة إليها ، فهو معسر بدين المنفق ، وقد ذكر المصنف والدردير في نفقة الزوجة : أنه يجوز للزوج المقاصة بدينه الذي عليها عما وجب لها من النفقة إن كان [قرض ثمنا] [4] ، أو كانت النفقة من جنس الدين إلا لضرر عليها بالمقاصة ، بأن تكون فقيرة يخشى ضيعتها بالمقاصة [5] . اهـ . قال الأجهوري في المحل المذكور : « ثم إن الأجير مثل الزوجة في التفصيل ، ثم وضحه بقوله : بيد أن الأجير المعسر بنفقته لا تجب عليه مقاصة من استأجره في دين له عليه إلا فيما زاد على قدر نفقته . اهـ . فللبند مناسبة تامة بالمذهب .

بند 1294 – للضامن أن يطلب رب الدين بالمقاصة بما وجب على الدائن للمدين

---

(1) السابق 291/1 . (2) مواهب الجليل 549/4 ، 550 .

(3) قاعدة : المغصوب لا يعد دينًا شرعًا ولا تقع فيه مقاصة .

(4) في الأصل (قرض) وَعُدِّلت اعتمادا على ما جاء في الأصل المنقول عنه . (5) الشرح الكبير 514/2 .

لخصمه مما عليه ؛ لتنفك الضمانة ، وليس للمدين أن يطلب مقاصة ما وجب على دائنه للضامن إذا كان لهذا الضامن دين في ذمة الدائن . راجع بند 1387 ، وبند 2036 مدني [1] . وكذلك المدين الشريك المتضامن لا يسوغ له طلب المقاصة بما وجب على ذمة رب الدين لأحد الشركاء المتضامن معهم [2] . راجع بند 1200 ، وبند 1208 ، وبند 1285 ، وبند 1301 مدني [3] .

163/ب **493** * للضامن طلب رب الدين بتخليصه من الضمان عند / حلول أجل الدين ولو بموت المدين أو فلسه ؛ حيث كان المضمون مليًا ، بأن يقول له : إما أن تطلب حقك من المدين ، أو تسقط عني الضمان ، وكذا له طلب المضمون بدفع ما عليه عند الأجل ولو سكت رب الدين ، كذا في الدردير عند قول المصنف في الضمان : « وله طلب المستحق إلخ » [4] . ومن قبيل ذلك طلب الضامن رب الدين بالمقاصة بينه وبين المدين في دينهما ؛ حيث حل أجل الدين المضمون لينفك عنه الضمان أو بتخليصه من الضمان ، ومعلوم أنه ليس للمدين أن يطلب مقاصة بين الضامن والدائن ؛ فكل من أول البند ووسطه موافق للمذهب .

بند 1296 – اختلاف مكان قضاء الدينين لا يمنع من المقاصة فيهما إلا بعلة جسامة مصرف التسليم . راجع بند 1247 مدني [5] .

494 * قد تقدمت ثلاث صور يقضى فيها بالمقاصة لمن طلبها على المذهب ، أي على مشهوره كما في عبد الباقي دون ما عداها ؛ فَعِلَّة الجسامة إذا كانت في صورة غير هذه الثلاثة ، فلمن تضرر منها الامتناع من المقاصة ؛ لأنها لا تكون في غير الثلاثة المذكورة إلا برضا المدينين ، على أنه نقل البناني عن التوضيح ما نصه : اختلف هل يجب أن يعمل على قول من دعا منهما إليها ؟ وهو المشهور / ، أو القول قول من دعا 164/أ

(1 – 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 291/1 .

(4) جاء في الشرح الكبير (وله) أي للضامن (طلب المستحق) وهو رب الدين (بتخليصه) من الضمان (عند) حلول (أجله) أي الدين ولو بموت المدين أو فلسه حيث كان المضمون مليًا بأن يقول له : إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عني الضمان ، وكذا له طلب المضمون بدفع ما عليه عند الأجل ولو سكت رب الدين . الشرح الكبير 338/3 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 292/1 .

منهما إلى عدمها ، رواه زياد [1] عن مالك . اهـ [2] . فالبند مناسب للمذهب فيما عدا الصور الثلاثة السابقة على المشهور ، وفي سائر صور المقاصة على قول زياد .

بند 1297 – إذا كان لإنسان على آخر ديون متعددة ، وثبت لذلك الآخر دين في ذمته ، واحتاج الأمر للمقاصة ؛ فإنه يجري الخصم فيهما على مقتضى الأحكام المذكورة في بند 1256 المتعلقة بأولوية خصم الديون من بعضها [3] .

495 * المقاصة بمنزلة الدفع ؛ فللاختلاف في بيانها عند تعدد الديون حكم الاختلاف في بيان المدفوع عند ذلك ، وقد تقدم مبسوطًا في الكلام على بند 1253 ، فللبند مناسبة جيدة بالمذهب .

الفصل الخامس

« في اتحاد ذمة الدائن والمدين »

بند 1300 – إذا اجتمع في شخص واحد بدين واحد وصف كونه مدينًا ووصف كونه دائنا ؛ قيل حينئذٍ : إنه اتحدت الذمة وسقط التداين . راجع بند 705 ، وبند 1209 ، وبند 1234 ، وبند 1301 مدني [4] .

496 * الظاهر أن هذا البند مفروض في الشركاء في دين عليهم ، متضامنين أولا ، ثم مات رب الدين وورثه أحدهم ؛ فقد كان أولًا مدينًا ثم صار دائنًا ؛ فيقال حينئذٍ : اتحدت ذمة الدائن والمدين بالنسبة لبعض الدين / ، وهذا أمر لا يأباه الشرع . 164/ب

بند 1301 – الاتحاد الذي يتصف به المدين الأصيل بأن يصير دائنًا يسري حكمه إلى الضامنين ؛ فتسقط ضمانتهم ، بخلاف ما إذا اتحد الوصفان في الضامن ؛ بأن آل إليه الدين الذي ضمنه ؛ فلا تبرأ به ذمة المدين الأصيل . راجع بند 2035 وما بعده مدني . وكذلك الاتحاد الذي يصير به الدائن مدينا فلا تبرأ به ذمة

---

(1) هو زياد بن عبد الرحمن القرطبي ، المعروف بشبطون ، سمع من مالك الموطأ ، وله عنه كتاب في الفتوى معروف بسماع زياد ، روي عن الليث بن سعد ، وابن عيينة ، وعبد الله بن نافع ، وعنه أخذ يحيى بن يحيى وغيره ، توفي سنة 193 هـ . « شجرة النور الزكية ص 63 » .

(2) مواهب الجليل للحطاب 549/4 . (3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 292/1 .

(4) السابق 292/1 وما بعدها .

الشركاء المتضامنين إلا بقدر الجزء الذي خصه . راجع بند 1200 ، وبند 1208 وما بعده مدني [1] .

497 * إذا تضامن الشركاء المذكورون آنفًا وورث أحدهم الدائن فصار دائنا لباقي الشركاء ؛ سقط عنهم ضمانهم له ، والضامن في الدين إذا ورث الدائن : برئ من الضمان بإرث الدين ، ولا تبرأ ذمة المدين المضمون بل لضامنه الذي ورث الدين مطالبته [2] ، وإذا مات أحد المدينين المتضامنين ، وورثه الدائن ، وصار مدينا لنفسه لقيامه مقام أحد المدينين فلا تبرأ ذمة الشركاء المتضامنين إلا بقدر الجزء الذي خص هذا الوارث [3] ، وأما باقي الدين الذي على بقية الشركاء فلا يزالون متضامنين فيه للدائن ، هذا ما أمكن فهمه من عبارة البند ، وحينئذٍ فهو موافق للمذهب .

الفصل السادس [4]

« في تلف عين الدين »

165/أ **بند 1302** – إذا كان الدين عينًا معلومة وتلفت / ، بأن صارت لا تصح للمعاملات ، أو فقدت بحيث صارت مجهولة الوجود فإن الالتزام بها ينقطع إذا كان تلفها أو ضياعها من غير تفريط من المدين ؛ ما لم يكن وجب التسليم على العاقد وطلب منه وتأخر عن ذلك مطلًا [5] . راجع بند 1136 ، وبند 1139 ، وما بعده ، وبند 1234 ، وبند 1601 ، وبند 1788 مدني . بل إذا وجب التسليم ولم تحصل عاهة يكون سببها المدين ؛ فإن الالتزام به ينقطع أيضا في حالة ما إذا كان الدين المذكور بحيث لو تسلمه ربه لهلك عنده كما هلك عند المدين ، وعلى المدين أن يبين سبب ما ادعاه من العاهة ويثبت براءة نفسه ، وعلى أي وجه كان :

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 1 / 293 .

(2) قاعدة : الضامن في الدين إذا ورث الدائن برئ من الضمان بإرث الدين ، ولا تبرأ ذمة المدين المضمون بل لضامنه الذي ورث الدين مطالبته .

(3) قاعدة : إذا مات أحد المدينين المتضامنين وورثه الدائن ، وصار مدينًا لنفسه لقيامه مقام أحد المدينين فلا تبرأ ذمة الشركاء المتضامنين إلا بقدر الجزء الذي خص هذا الوارث .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البند 1304 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 294 في المقارنة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 293/1 .

إذا سرقت تلك العين المدين بها فتلفت أو ضاعت عند السارق ؛ فإن ذلك لا يسقط عن السارق رد القيمة إلى رب الدين . راجع بند 2279 ، وبند 2280 مدني ، وبند 379 محاكمات [1] .

498 * يحتمل أن قول البند : فإن الالتزام بها ينقطع على ظاهره ، بمعنى أنه ينقطع رأسًا ؛ فلا يلزم المدين شيء ، وربما يساعده ما ذكر آخر البند من شأن السارق ؛ فإنه جعل شأنه حالة تعد تقتضي إلزام المتعدي مقابلة لحال هذا المدين المذكور أول البند ، ويحتمل أن معناه : أن الالتزام بذاتها ينقطع / ، وإنما يلزم المدين القيمة فقط 165/ب يوم وجوب التسليم على العاقد والطلب منه ، وقوله : ما لم يكن وجب إلخ : يظهر أن معناه على الاحتمال الأول في معنى انقطاع الالتزام بما ذكر أنه يجب على المدين حينئذ القيمة لرب الدين كحالة السارق الآتية لتعدي المدين حينئذٍ بالتأخر على سبيل المطل ؛ فإن معناه على الاحتمال الثاني في معنى ما ذكر أنه يجب على المدين حينئذٍ ما آل إليه الأمر ؛ لأنه ظالم . وفي الدردير والدسوقي آخر باب البيوع : إن بطلت فلوس أو دنانير أو دراهم ترتبت لشخص على غيره ؛ بقرض أو بيع أو نكاح ، بأن قطع التعامل بها ، وأولى تغيرها بزيادة أو نقص ؛ فالواجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل بها أو التغير [2] ، ولو كانت حين العقد مائة درهم ثم صارت ألفا به أو عكسه ؛ وإن عدمت بالكلية في بلد تعامل المتعاقدين ؛ ولو وجدت في غيرها ؛ فالقيمة على من ترتبت عليه مما تجدد وظهر . ومثل ذلك في الحكم ما لو كانت عنده وديعة وتصرف فيها ، وكذا لو دفع الدراهم أو نحوها لمن يعمل فيها قراضًا كما وقعت الفتوى بذلك ، وتعتبر القيمة يوم الحكم على المعتمد [3] ، وعليه إذا لم يقع تحاكم فطلبها بمنزلة التحاكم [وحينئذ] [4] فتعتبر القيمة يوم طلبها . اهـ . قال عبد الباقي [5] / : وظاهر كلام 166/أ

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 293/1 .

(2) قاعدة : إن بطلت فلوس أو دنانير أو دراهم ترتبت لشخص على غيره بقرض أو بيع أو نكاح بأن قطع التعامل بها وأولى تغيرها بزيادة أو نقص فالواجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته قبل قطع التعامل بها أو التغير .

(3) مذكور بنصه في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 45/3 وما بعدها .

(4) ساقطة من الأصل ، وأكملت من المصدر الذي نقل عنه المؤلف . راجع « حاشية الدسوقي 46/3 » .

(5) المراد عبد الباقي الزرقاني ، وقد سبقت له ترجمة .

المصنف كالمدونة سواء مطله بها أم لا ، وقيدها الواتوغي [1] وأقره المشذالي [2] وابن غازي [3] في التكميل بما إذا لم يكن من المدين مطل [4] ؛ وإلا وجب عليه لمطله ما آل إليه الأمر من السكة الجديدة ، أي الزائدة عن القديمة كما هو ظاهر لا الناقصة عنها ولا القيمة ؛ لأنه ظالم لمطله . اهـ [5] . قال البناني : قال في تكميل التقييد : إن تقييد الواتوغي حسن غريب ، ثم ذكر للبدر القرافي بحثًا في التقييد وأطال في ذلك ، وللأجهوري رسالة في هذه المسألة تتعلق بالمطل ، وغيره ذكرها في شرحه آخر باب البيوع وهي مهمة ؛ فصدر البند يناسب المذهب على الاحتمال الأول في معنى انقطاع الالتزام بما ذكر ؛ لقول الدردير : « ولو كانت حين العقد مائة إلخ » . فإن هذه الحالة قريبة من حالة عدم الإلزام بشيء لغاية ضعف الأمر ، ويناسبه أيضا عليه في مطلق اعتبار أمر المطل ، ويناسب المذهب على الاحتمال الثاني في المعنى المذكور وفيما بعده في لزوم القيمة حال الفقد وفي التقييد بعدم المطل ، ومما يناسب البند على الاحتمال الأول في معنى قوله : فإن الالتزام بها إلخ مسائل ذكرها الحطاب في التنبيهات عند قول
166/ب المصنف في الحجر : وللولي رد تصرف مميز إلخ / [6] .

---

(1) هو محمد بن أحمد الواتوغي التوزري ، أخذ عن : ابن عرفة ، وأحمد بن عطاء الله ، وأبي العباس القصار وغيرهم ، وعنه أخذ : ابن ناجي وغيره ، له تعليق على المدونة في غاية الجودة ، وكتاب على قواعد ابن عبد السلام . توفي سنة 819 هـ « شجرة النور الزكية 243 » .

(2) المشذالي هو : أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم المشذالي فقيهها وخطيبها ومفتيها المحقق النظار الشيخ الصالح البركة المتحلي بالوقار ، أخذ عن أبيه وشاركه في شيوخه ، وعنه ابناه محمد وأبو الربيع . له فتاوى نقلت في المعيار ، وألف تكملة حاشية أبي مهدي على المدونة ، توفي سنة 866 هـ . شجرة النور الزكية ص 263 .

(3) ابن غازي : هو محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكانسي ، يكنى بأبي عبد الله المكانسي الفاسي ، أخذ عن أئمة منهم : أبو زيد الكاواني ، وأبو العباس المزدغي ، وأبو عبد الله السراج ، له تآليف منها : تقييد على البخاري ، وشفاء الغليل في حل مقفل خليل ، وتعليق وتقييد على المدونة : « هدية العارفين 226/2 ، شجرة النور الزكية ص 276 » .

(4) مطل : المطل : التسويف والمدافعة بالعدَة والدين وليّانه لسان العرب . مادة (مطل) ص 4225 .

(5) حاشية الدسوقي 46/3 .

(6) مواهب الجليل للحطاب 62/5 ، 63 ، 64 .

الفصل السابع [1]

« في حق طلب إلغاء العقود أو فسخها »

بند 1305 – مُجرد الغبن يوجب الغبن في العقود المتعلقة بمصلحة القاصر غير المأذون له في التصرف أيًّا ما كان موضوع هذه العقود ، وكذلك في حق القاصر المأذون له في التصرف بالنسبة للعقود التي لم تكن في مرخصيته إذا عقدها وظهر منها غبن كما هو مقرر في كتاب القصور والولاية والخروج من الحجر . راجع بند 481 إلى بند 484 مدني [2] .

499 * قوله : يوجب الغبن ؛ لعله يوجب الفسخ كما يدل عليه ما يأتي بعد في البنود ، وفي الحطاب عند قول المصنف في الحجر : « وللولي رد تصرف مميز ما نصه : قال ابن رشد في المقدمات في باب المأذون له في التجارة : الاختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال والمحيض من النساء لا يجوز له في ماله معروف من هبة ، ولا صدقة ، ولا عطية ، ولا عتق ؛ وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي – إن كان ذا أب أو وصي – فإن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج على عوض ولا يقض فيه إلى معروف ؛ كان موقوفًا على نظر وليه ؛ فإن رآه سدادًا أو غبطة ؛ أجازه وأنفذه ، وإن رآه بخلاف ذلك ؛ رده وأبطله ، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر بوجه النظر والاجتهاد ، وإن غفل عن ذلك حتى ولي أمره ؛ كان / النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك ورده . اهـ [3] ؛ 167/أ
فصدر البند يناسب المذهب في وجوب الفسخ بظهور الغبن لعدم المصلحة .

بند 1306 – وليس للقاصر الفسخ بسبب غبن لم ينشأ إلا من حادثة وقعت صدفة واتفاقا وكانت غير متوقعة . راجع بند 1148 وبند 1169 مدني [4] .

500 * قال الحطاب عقب العبارة السابقة آنفا : واختلف إن كان فعله – أي الصبي الذي غفل عنه – حتى بلغ رشيدًا سدادًا نظرا مما كان يلزم الولي أن يفعله ،

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1304 ، 1307 ، 1312 ، 1313 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 296 في المقارنة .
(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 294/1 .
(3) مذكور بنصه في مواهب الجليل للحطاب 61/5 .
(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 295/1 .

هل له أن يرده وينقضه إن آل الأمر إلى خلاف ذلك بحوالة سوق ، أو نماء فيما باعه ، أو نقصان فيما ابتاعه أو ما أشبه ذلك ، فالمشهور المعلوم في المذهب أن ذلك له ، وقيل : إن ذلك ليس له . اهـ [1] . فالبند بظاهره يوافق مقابل المشهور .

بند 1308 – ليس للقاصر الخارج من الحجر إذا كان تاجرًا أو صيرفيًّا أو ذا صنعة أن يفسخ ما وقع عليه الاتفاق منه في تجارته أو حرفته . راجع بند 487 مدني وبند 2 وبند 3 وبند 6 تجاري [2] .

501 * من بلغ رشيدًا وإن كان قاصرًا بمراد البند ، ليس له أن يفسخ ما تعاقد عليه مع غيره [3] ؛ فالبند موافق للمذهب باعتبار بعض ما يشتمله المراد من القاصر / . 167/ب

بند 1309 – ليس للقاصر أن يطلب إبطال الشروط والالتزامات التي في عقد النكاح الواقع منه إذا كان برضا وحضور من يطلب رضاهم وحضورهم لصحة النكاح . راجع بند 148 إلى بند 151 ، وبند 160 ، وبند 1065 ، وبند 1398 مدني [4] .

502 * القاصر بمراد البند إذا بلغ رشيدًا ؛ لزمه ما اشترطه على نفسه في عقد النكاح مما يلزم شرعًا ؛ فلصدر البند إلى قوله : الواقع منه ، مناسبة بالمذهب .

بند 1310 – وليس له طلب الفسخ فيما أوجبه على نفسه في نظير جناية أو إتلاف عمدًا كان أو خطأ . راجع بند 1382 ، وبند 1383 وما بعده مدني [5] .

503 * معلوم أن القاصر إذا وجب عليه شيء في ماله بجناية أو إتلاف عمدًا أو خطأ فليس له كلام بعد بلوغه رشيدًا ؛ فالبند مناسب للمذهب .

بند 1311 – وكذلك لا يقبل من القاصر الرجوع عما التزم به وأوجبه على نفسه إذا أقره بعد بلوغ الرشد ، سواء كان الالتزام في حد ذاته قبل الإقرار عليه باطلا ؛ لفقد شروط صحته ، أو كان فيه ما يوجب الرجوع فأقره . راجع بند 1338 مدني [6] .

504 * تقدم في الكلام على 1305 عن الحطاب أنه لا اختلاف بين مالك وأصحابه

(1) مواهب الجليل 61/5 . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 295/1 .

(3) قاعدة : من بلغ رشيدًا وإن كان قاصرًا ليس له أن يفسخ ما تعاقد عليه مع غيره .

(4 – 6) تعريب القانون الفرنساوي المدني 295/1 .

أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال / والمحيض من النساء لا يجوز له في ماله 168/أ معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ، وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي ؛ إن كان ذا أب أو وصي . اهـ [1] . ومثله السفيه كما صرح به الحطاب في ثاني التنبيهات عند قول المصنف : « وللولي رد تصرف إلخ » [2] . وفي الدردير والدسوقي من الحجر عند قول المصنف : « وله إن رشد » ما نصه : للمحجور عليه لصغر أو سفه إذا لم يعلم وليه بتصرفه ، أو لم يكن له ولي رد تصرف نفسه إن رشد - أي وإجازته - سواء كان تصرفه مما يجوز للولي رده كالمعاوضة ، أو بما يجب عليه رده كالعتق والهبة . اهـ [3] .

ومثل التبرع : التزام المعروف ؛ فإن أجازه بعد الرشد ، مضى ، وليس له رده بعد ذلك كما أفاده الحطاب أول المقدمة من التزاماته [4] ؛ فتحصل أنه لا يصح من المحجور بعد رشده الرجوع عن تصرفه بمعاوضة أو بغيرها إذا أجازه بعد الرشد [5] ، وكذا عن التزام المعروف إذا أجازه كذلك ؛ فالبند مناسب للمذهب في عدم الرجوع عما أجازه المحجور بعد رشده مما أوجبه على نفسه ، سواء كان تصرفا بمعاوضة بمصلحة أوْ لا ، أو بغير معاوضة .

بند 1314 - إذا توفرت الشروط المجوزة للتصرف في عقارات أحد من القاصرين أو المحجور عليهم ، أو في قسمة الميراث الآيل إليه كان التصرف على

(1) نقله الحطاب عن ابن رشد « الجد » في مواهب الجليل 60/5 ، 61 .

(2) قال الحطاب في الموضع المذكور : « تنبيهات .... الثاني : علم مما تقدم أن تصرف المميز السفيه ؛ صغيرا كان أو بالغا كلما كان بغير عوض فإنه مردود ، وما كان بعوض فهو موقوف على إجازة وليه » . مواهب الجليل 5 /6 .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير (وله) أي للمميز إذا لم يعلم وليه بتصرفه ، أو علم وسكت ، أو لم يكن له ولي رد تصرف نفسه (إن رشد) . الشرح الكبير 294/3 .

وجاء في حاشية الدسوقي (قوله أي للمميز) أي المحجور عليه لصغر أو سفه (قوله : أو علم سكت) فيه نظر ؛ إذ تصرفه في هذه الحاله ماض ليس له رده إذا رشد ؛ لأن سكوت الولي مع علمه إمضاءه له ففي الموافق وإذا تصرف المحجور برؤيا من وصيه وطال تصرفه فأفتى ابن الحاج وابن عتاب وابن رشد أن ما لحقه من دين فإنه يلزمه ، وأن تصرفه ماض . قال البزلي في نوازله : وبه العمل . (قوله : رد تصرف نفسه إن رشد) أي سواء كان تصرفه بما يجوز للولي رده كالمعاوضة أو بما يجب عليه رده كالعتق والهبة حاشية الدسوقي 294/3 .

(4) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص 61 إلى ص 66 ، فتح العلي المالك 217/1 إلى 220 .

(5) قاعدة : لا يصح من المحجور بعد رشده الرجوع عن تصرفه بمعاوضة أو بغيرها إذا أجازه بعد الرشد .

168/ب الوجه / المعتبر المرعي ؛ فيعتبر أن أحكام هذا التصرف أو القسمة في حقهم كما لو كانوا بالغي الرشد أو غير محجور عليهم . راجع بند 457 إلى 460 ، وبند 466 ، وبند 484 ، وبند 489 ، وبند 509 ، وبند 817 ، وبند 823 ، وبند 840 مدني [1] .

505 * إذا باع الوصي عقار المحجور عليه مطلقًا سفيهًا أو صغيرًا ، بالشروط المذكورة في قول المصنف من باب الحجر : وإنما يباع عقاره للحاجة إلخ [2] ، أو ميز نصيبه من الميراث بعد اعتبار ما يجب اعتباره قبل القسمة فكل من البيع أو القسمة نافذ في حق المحجور عليه كما لو كان قد باشره بنفسه رشيدًا ؛ فالبند مناسب للمذهب مناسبة جيدة ، وكون الشروط المذكورة معتبرة في بيع عقار المحجور عليه مطلقا هو ما صرح به الشيخ أصيل عند قول المصنف في الحجر : وإنما يباع عقاره للحاجة ، وكذا أفاده الدسوقي في تنبيه هناك [3] .

الباب السادس [4]

« في البراهين المثبتة للعقود والالتزامات ، وفي أدلة الوفاء بها »

بند 1315 – كل من طلب تنجيز عقد في ذمة إنسان وجب عليه أن يثبته ، وكذلك من ادعى أن عدم ملزوميته لما عليه من الحقوق ؛ يجب عليه إثباته أيضا ، أو ما أوجب براءته منه [5] .

506 * معلوم أن كل من طلب حقًّا ناشئا عن عقد في ذمة إنسان وأنكر المطلوب

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 296/1 .

(2) هذه الشروط هي : (أ) أن يكون محجورًا عليه لصغر أوسفه . (ب) أن يكون مهملا . (جـ) أن يكون مالكا لما قصد بيعه . (د) أن يكون البيع لحاجة كنفقة أو وفاء دين ، أو أن يكون البيع لغبطة ، بأن يزاد في ثمن مثله الثلث فأكثر من مال حلال . « الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 303/3 » .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : (تنبيه) : (قوله أي اليتيم) أي وأما الصغير الذي له أب فقال في التوضيح ظاهر المذهب أن الأب يبيع على ولده الصغير والسفيه الذي في حجره الربع وغيره لأحد هذه الوجوه ولغيرها وفعله في ربع ولده كغيره من السلع محمول على الصلاح ، وإنما يحتاج لأحد هذه الوجوه الوصي وحده . حاشية الدسوقي 303/3 .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 1316 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 297 في المقارنة .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 296/1 .

منه وجب على الطالب الإثبات [1] ، وكذلك إذا باع الراهن الرهن قبل قبض المرتهن بدون / تفريط منه ، فادعى المرتهن غير المفرط أن عدم ملزوميته البيع ثابتة له 169/أ فليس لازما من جهته وأراد رده لما له عليه من الحق وأنكر الراهن اشتراط هذا الرهن المبيع مع المرتهن ؛ فعليه إثبات ذلك المقتضى ؛ لانحلال البيع من جهته ؛ فللبند مناسبة جيدة بالمذهب .

بند 1316 – جميع الأصول المتعلقة بإثبات المدعي بالسندات ، أو بالشهادات والبينات ، أو بأخذ الحاكم بغلبة الظن وقرائن الأحوال ، أو الإثبات بالإقرار أو باليمين ، كلها مقررة في الفصول الآتية . راجع بند 1282 وما بعده مدني [2] .

507 * يجوز أداء الشهادة على خط المقر ، سواء كان حيًّا وأنكر ، أو ميتًا ، أو غائبًا ، وسواء كان في الوثيقة التي فيها خط المقر شهود ، أو كانت مجردة عن الشهود على المعتمد [3] ، وذلك بأن تشهد الشهود بأن هذا خط فلان ، وفي خطه أقر فلان بأن في ذمته لفلان كذا ، أو أنه طلق زوجته أو أعتق عبده فلانًا [4] ، أو أنه وصله من فلان كذا ، وسواء كانت الوثيقة كلها بخطه أو الذي بخطه نفس الإقرار ، أو أنه يكتب فيها : المنسوب إليَّ فيها صحيح ، ولابد في الشهادة على الخط من عدلين ما لم يكن الحق مما يثبت بالشاهد واليمين [5] ، ولابد أيضا من حضور الخط على المعتمد [6] ؛ فإذا نظر شاهدان وثيقة / بيد رجل بخط مقر بدين 169/ب وحفظاها وتحققا ما فيها ثم ضاعت الوثيقة ، فشهد الشاهدان بما فيها ؛ فإنه لا يعمل بشهادة تلك البينة في غيبة تلك الوثيقة كما قال ابن عرفة ، وأفتى أبو الحسن الصغير بصحة الشهادة ؛ إذْ لا فرق عند القاضي بين غيبة الوثيقة وحضورها ؛ حيث استوفى الشاهدان جميع ما فيها [7] ؛ فإذا شهدا على الخط بالوجه المذكور فإنه يعمل بمقتضاها إذا استوفيت الشروط ؛ من كون الشاهدين عدلين ، وحضور الخط عند الأداء ، ومعرفة الشهود للخط معرفة تامة كمعرفتهما للشيء المعين ،

---

(1) قاعدة : كل من طلب حقا ناشئا عن عقد في ذمة إنسان وأنكر المطلوب منه وجب على الطالب الإثبات .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 296/1 . (3 ، 4) حاشية الدسوقي 192/4 .

(5) الشرح الكبير 192/4 .

(6 ، 7) حاشية الدسوقي 192/4 .

وليس مع الشهادة يمين استظهار لأجل الخط [1] اهـ . من الدردير والدسوقي عند قول المصنف : « وجازت على خط مقر » [2] .

هذا ما ذكروه في الإثبات بالسندات ، وأما بالشهادات فواضح ، وقال في القول المرتضى في أحكام القضا : وأما الأخذ بقرائن الأحوال : فقال ابن قيم الجوزية [3] : إن مالكًا - رحمه الله - ذهب إلى التوصل إلى الإقرار بالحق بما يراه الحاكم وذلك مستند إلى قوله تعالى : ﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ ﴾ ... الآية [4] وللقاضي أن يأخذ بالأمارات والقرائن في مواطن يطول ذكرها . اهـ .

وأفاد الحطاب أن الدين لا يسقطه الطول ، وعلى ذلك جرى عمل القضاة في هذا الزمان بتونس ما لم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان ؛ فيعمل
170/أ عليها / في البراءة ، وقد تقدم من ذلك قدر مهم في الكلام على بند 1206 . وفي الحطاب : قال أبو القاسم السهيلي المالكي [5] في الروض الأنف : إن أبا إسحاق ذكر عامر بن الظرب وحكمه في الخنثى وما أفتت به جاريته سخيلة ، وقال : هو حكم معمول به في الشرع ، وهو من باب الاستدلال بالأمارات والعلامات ، وله أصل في الشريعة ، قال الله تعالى : ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ [6] ، وجه الدلالة : أن القميص المدمى لم يكن فيه خرق ولا أثر لأنياب ذئب . اهـ .

---

(1) حاشية الدسوقي عليه 192/4 . (2) الشرح الكبير 192/4 .

(3) ابن قيم الجوزية : هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي ، ثم الدمشقي الحنبلي ، شيخ الإسلام ، برع في علوم الشريعة وبلغ رتبة التدريس ، ودرس بالصدرية وأمّ بالجوزية ، لازم ابن تيمية ، ونشر أقواله ، له تصانيف كثيرة منها : مدارج السالكين ، أحكام أهل الذمة ، بدائع الفوائد ، هداية الحيارى ، الجواب الكافي ، الصواعق المرسلة ، وغيرها كثير ، توفي سنة 751 هـ . « ذيل طبقات الحنابلة 350/1 ؛ الدرر الكامنة 400/3 ، البدر الطالع 143/2 » .

(4) سورة يوسف - جزء من الآية رقم 26 .

(5) هو عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد بن أصبغ الخثعمي ، السهيلي ، الأندلسي ، المكنى بأبي القاسم ، وأبي زيد ، وأبي الحسن ، الفقيه الأديب المقرئ النحوي ، أخذ القراءات عن سليمان بن يحيى ، وسمع ابن العربي المالكي ولازمه ، له شعر كثير وتصانيف ممتعة منها : التعريف والإعلام فيما أبهم من القرآن من الأسماء والأعلام ، الروض الأنف في شرح تفسير ما اشتملت عليه السيرة النبوية لابن هشام ، شرح الجمل للزجاجي في النحو ، وغيرها .

مولده بمالقة سنة 508 هـ ، وتوفي بمراكش سنة 581 . (وفيات الأعيان 1 / 351 ، تذكرة الحفاظ 4 / 137 ، الديباج ص 150 ، شجرة النور الزكية ص 156) .

(6) سورة يوسف - جزء من الآية رقم 18 .

والأخذ بقرائن الأحوال أصل كبير في الشريعة عليه مدار كثير من الأحكام ؛ فللبند مناسبة بالمذهب .

الفصل الأول [1]

« فيما يتعلق بالسندات المحررة »

الفرع الأول

« في السند الصحيح الرسمي »

بند 1317 – السند الصحيح الرسمي الناقد هو الذي يتحرر على يد مأذون موظف لذلك في المحل الموظف به ، وأن يكون السند مستوفيًا للرسوم المقررة بالأصول المرعية في مثل ذلك . راجع بند 545 محاكمات [2] .

508 * تقدمت من الأصول الشرعية في العمل بخط المقر ، وهي التي يناسبها هذا البند .

بند 1319 – فإذا كان السند رسميًا نافذًا نفذ مضمونه على العاقدين وورثتهما أو من يقوم مقامهما كالموصى له . راجع بند 724 وبند 1122 وبند 1134 وبند 1320 مدني وبند 135 محاكمات . ولكن في حالة ما إذا ادعى / أحد أن هذا 170/ب السند مبني على أصل مزور ؛ فإنه يحكم على ذلك السند بتعليق لتنفيذه وإيقاف إجراء مقتضاه بمجرد الحكم بسماع دعوى التزوير في شأنه ، وأما في حالة دعوى إبطاله بما حدث فيه من تزوير تجدد فيه ؛ فإنه يسوغ لأرباب المحاكم على حسب مقتضيات الأحوال تعليق تنفيذه وقتيًا . راجع بند 214 وما بعده ، وبند 250 محاكمات ، وبند 448 وما بعده ، وبند 460 حدود ، وبند 145 وما بعده جنايات [3] .

509 * معلوم أن الوثيقة متى كانت مستوفية الشروط والأوجه المتقدمة كانت نافذة ماضية [4] ، وفي الحطاب عند قول المصنف في الشهادات : « وجازت على خط مقر إلخ » وإذا كتب الشخص خطه وأَقَرَّ به وزعم أنه لم يكتبه عازما على إنفاذه ،

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1318 ، 1320 ، 1321 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ1 ص 298 في المقارنة .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 297/1 .

(4) قاعدة : الوثيقة متى كانت مستوفية الشروط كانت نافذة ماضية .

وإنما كتبه على أن يستشير وينظر الصدق في ذلك . اهـ [1] . وفي أصيل عند قول المصنف : ما ذكر إذا كتب شهادة على أبيه ثم مات أبوه وهو وارثه ، فقام صاحب الحق بذكره الذي فيه خط الشاهد ؛ فأقر بالشهادة ، وزعم أنه إنما كتبها على غير حق ، أو أنكرها ، فشهد على خطه ، فقال أصبغ ومطرف : يؤخذ الحق منه ؛ لأن المال لمّا صار إليه فكأنه يشهد على نفسه ، وقال ابن الماجشون : لا يؤخذ منه الحق إلا بإقرار سوى خطه . اهـ [2] . وفي ضوء الشموع من باب الصلح عند قول المصنف :
171/أ « أو أقر له سرًّا فصالح إلخ » / ما نصه : قالوا : والاسترعاء في المعاوضات شرطه ثبوت التقيّة ، أي الأمر الذي يتقى ويخاف منه ، كأن يخشى غصب دابة فيبيعها ويشهد قبل ذلك أنه غير ملتزم للبيع ، وإنما حمله على بيعها ما خاف ، ويقع ذلك بمصر زمن أخذ أمير الحاج البغال ، ويجري في التبرعات كالهبة والعتق والحبس والطلاق ؛ كأن يشهد أنه يعتق عبده غير مريد التحرير ، بل لتأديبه وزجره ، أو يهرب لبلاد الحرب مثلا ؛ فيرسل إليه أن احضر وأنت حر ، ويشهد قبل ذلك أنه إنما أراد أن يتحيل على حضوره . اهـ . وتمامه هناك ؛ فمن خشي غصب دابته فباعها وكتب للمشتري وثيقة تتضمن الإقرار بالبيع ، وأشهد قبل ذلك أنه غير ملتزم له ، وإنما حمله الخوف ، ثم قام المشتري بطلب الدابة من البائع بموجب الوثيقة التي بخطه ؛ فإن البائع يمكن من إحضار البينة التي أشهدها قبل البيع بما ذكر ، ولا يقضى للمشتري بالدابة بمجرد إحضار الوثيقة . وفي أصيل عند قول المصنف : وجازت على خط إلخ ما نصه : (في طرر ابن عات) [3] إذا كان في الوثيقة محو أو شطب في غير مواضع العدد كعدد الدنانير ، أو الأجل ، أو التاريخ لم يضر ، وإن لم يعتذر عنه الشاهد ، وإن كان في
171/ب تلك المواضع سئلت البينة ؛ فإن حفظت الشيء بعينه من غير أن يروا / الوثيقة مضت ويسألوا عن ذلك ؛ فإن حفظوه مضت أيضا ، وإلا سقطت . اهـ ؛ فالبند مناسب للمذهب بمسائله الثلاث مناسبة جيدة .

---

(1) نقله الحطاب في مواهب الجليل 189/6 .

(2) منقول في التاج والإكليل على مختصر خليل 188/6 .

(3) هو أحمد بن هارون بن عات الشاطبي ، عالم محدث حافظ ، سمع أباه ، وأبا يوسف بن سعادة ، وأجازه ابن بشكوال ، له برنامج في مروياته سماه النزهة في التعريف بشيوخ الوجهة ، وآخر سماه ريحانة الأنفس في شيوخ الأندلس وغير ذلك ، ولد سنة 542 هـ ، وفقد في واقعة العقاب سنة 609 هـ (شجرة النور الزكية ص 172) .

الفرع الثاني

« في الكلام على السند المعتاد أي المشتمل على إمضاء العاقدين » (1)

بند 1322 – السند المعتاد المشتمل على إمضاء العاقدين متى اعترف به من يطلب منه الاعتراف به ، أو يثبت بالأصول أنه له أو عليه ؛ فإنه يعتمد عليه بين الجانبين أو ورثتهما أو وكلائهما كالسند الرسمي . راجع بند 1317 وبند 1321 مدني ، وبند 54 محاكمات ، وبند 109 تجاري (2) .

510 * هذا البند مناسب للمذهب ؛ لما تقدم أن السند المستوفي لما مر نافذ ماضٍ .

بند 1323 – إذا نسب لإنسان خط أو إمضاء في سند وطولب بمضمونه ؛ وجب عليه أن يعترف أو ينكر صراحة بأن ذلك خطه بكتابته أو إمضائه ، أو أنه ليس خطه ولا إمضاءه ولا يقبل غير ذلك ، كقوله : لا أعلم خط من هو . راجع بند 1324 مدني . وأما ورثته ومن ينوب عنه ؛ فإنه يكتفى منهم بعدم العلم بأنه خطه . راجع بند 1122 مدني وبند 193 وما بعده محاكمات (3) .

511 * إذا توجهت الدعوى على المدعى عليه ولم يجب بإقرار ولا إنكار ؛ حبس وأدب بالضرب (4) ، وكذا إذا قال : لا أخاصمه عندك . أو لا تسمع على الدعوى بهذه المحكمة ، أوْ لا تسمع إلا في المحكمة الفلانية ، أو عند القاضي الفلاني ؛ ثم إن / استمر على عدم الجواب حكم عليه بالحق ، لأنه في قوة الإقرار بالحق بلا يمين 172/أ
من المدعي (5) ؛ لأن اليمين فرع الجواب وهو لم يجب ، ومثل ذلك إذا قال : لا أدري هل له عليّ ما يدعي أم لا ، على أحد القولين ، ذكرهما الشارح ؛ هل يقضى عليه دون يمين الطالب أم لا ؟ كذا في الدردير (6) وشرح أصيل من باب القضاء في مبحث الدعوى عند قول المصنف : « وإن لم يجب حبس وأدب إلخ » . ولا فرق في الدعوى بين كونها مبنية على خط المقر كما تقدم أولا كما هو ظاهر ،

---

(1) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1324 ، 1325 ، 1327 إلى 1330 من بنود تعريب القانون المدني جـ 1 ص 300 ، 301 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 298/1 .

(4) قاعدة : إذا توجهت الدعوى على المدعى عليه ولم يجب بإقرار ولا إنكار حبس وأدب بالضرب .

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 151/4 .

(6) الشرح الكبير للدردير 151/4 .

ولو ادعى شخص على ورثة ميت أن له عليه دينا ولا بينة لديه ؛ فإن علموا به ، وجب عليهم قضاؤه من تركته بعد يمين القضاء ، وإن لم يعلموا به ؛ حلفوا على نفي العلم إن ادعى عليهم العلم وإلا فلا ، ذكره الدسوقي في الشهادات عند قول المصنف : « وإن ادعيت قضاء على ميت إلخ » [1] . ومعلوم أنه متى كان الحلف على تفي العلم فلا يكون جواب المدعى عليه إلا بنفي العلم ؛ فجواب الوارث إنما هو كذلك ؛ فالبند مناسب للمذهب في ذي الخط وورثته .

بند 1326 – سند الطلب أو سند الوعد الذي يتحرر منه نسخة واحدة من جانب الآخر بدفع مقدار من الدراهم أو غيرها من الأشياء المعلومة ؛ يلزم أن يكون
172/ب مكتوبًا جميعه بيد من تعهد ذلك والتزم به وأوجبه / على نفسه ، وإلا بأن لم يكتبه بيده ؛ كفى أن يكتب بيده زيادة على الإمضاء صح ، أو قبلت ونحوه ، مما يدل على الصحة والتصديق ، ويكتب في أسفل الورقة بجانب كتابة الصحة مقدار الدراهم ، أو عدد الشيء المعلوم الذي التزم به بالحروف لا بالرقوم ، ويستثنى من ذلك : صورة ما إذا كان السند صادرًا من الباعة وأرباب الصنائع والزارعين وغراس الكروم والمستأجرين استئجارًا يوميًا ، وأصحاب الخدامة اليومية . راجع بند 1827 مدني [2] .

512 * يناسب هذا البند ما مر في الكلام على بند 1316 وهو قولنا : وذلك بأن تشهد الشهود ، إلى : صحيح .

بند 1331 – الدفاتر والأوراق المنزلية كالدوائر والأواسي لا تكون سندا لها ، وتكون سندًا عليها في حالتين : إحداهما : في حالة ما إذا نص الدفتر أو الإيصال صراحة على استلام الدائرة دفعة .

والثانية : ما إذا نص الدفتر أو غيره صراحة على أنه مطلوب من صاحب الدائرة وفيه حق لإنسان عاقد معها . راجع بند 46 ، وبند 324 ، وبند 1415 مدني [3] .

513 * ليس في الكتب التي بيدنا ما ينص على ما يوافق هذا البند ولا ما يخالفه ، غير أن اقتصارهم على الشهادة على خط المقر ككاتب معروف الخط لتاجر أو

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي (قوله : وإن ادعيت قضاء) أي لدين ثابت عليك ببينة (قوله : وأنه لابينة لذلك المدين على ما ادعاه من القضاء) حاشية الدسوقي 229/4 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 299/1 . (3) السابق 300/1 وما بعدها .

لأمير مثلًا يقتضي أنه لا يعتبر خط هذا الغير / . 173/أ

بند 1332 – إذا كتب رب الدين بخطه كتابة على ذيل هامش ، أو على ظهر السند الذي بقي تحت يده دائما ؛ اعتمد عليها وعمل بها ؛ ولو كانت خالية عن الإمضاء والتاريخ متى كانت تشعر بوفاء المدين الدين ، وكذلك إذا كتب رب الدين مخالصة على ظهر أو هامش أو ذيل نسخة ثانية من السند على صورة الأولى ، بشرط أن تكون النسخة الثانية بيد المدين ؛ فإنها تكون سندًا له . راجع بند 182 ، وبند 1284 ، وبند 1350 ، وبند 1352 مدني [1] .

514 * هذا البند موافق للمذهب كما يعلم مما مر في الكلام على بند 1316 بقطع النظر عن قوله : بشرط أن تكون إلخ .

الفرع الرابع

« في الكلام على صور السندات ونسخها » [2]

بند 1334 – الصور المنسوخة من السند الأصلي لا يعتمد عليها عند وجود السند الأصلي إلا بالنسبة لمضمون السند ، ويجب إحضار السند الأصلي إذا اقتضى الحال ذلك للمراجعة والمقابلة . راجع بند 839 وما بعده محاكمات [3] .

515 * يناسب هذا البند ما تقدم من الكلام على بند 1283 ؛ فإنه يفيد اعتبار الوثيقة الأصلية أولا ؛ فإن صورتها إنما لها نوع اعتبار عند عدمها .

الفرع الخامس

« في الكلام على سند الإقرار وسند التصحيح » [4]

بند 1338 – العقد الذي فيه وجه بطلان يصير صحيحًا بالسند المصحح للعقد ، ولكن لا يعتد به إلا إذا كان مشتملًا على موضوع العقد وعلى ذكر وجه / 173/ب

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 301/1 .

(2) لم يتناول المصنف الفرع الثالث وعنوانه « في المعاملة بالقسمتين المتطابقتين بين الجانبين وبنود 1333 جـ 1 ص 301 ولم يتناول أيضًا في الفرع الرابع البنود 1335 ، 1336 جـ 1 ص 302 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 301/1 .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1337 ، 1339 ، 1340 من بنود تعريب القانون المدني الفرنساوي جـ 1 ص 303 .

فسخ الأول ، واستبداله بهذا السند المصحح ، وعلى عرض العاقدين من تصحيحه بمحو وجه الفسخ ؛ [فإن لم يحصل تصحيح للسند الذي فيه وجه الفسخ] (1) وكان قد نفذ مضمون العقد باختيار المتعاقدين بعد مضي الأجل المضروب للتصحيح ؛ كان ذلك أيضا موجبا لصحة العقد ؛ فتصحيح العقد على الوجه المذكور سابقًا برضا المتعاقدين بحسب الرسوم المذكورة ، أو تنفيذه الاختياري ؛ يكون مانعًا للأخصام من التداعي ببطلان العقد المذكور بأي وجه ، كان في حق المتعاقدين فقط ، فلا يسري حكم صحته على غيرهما . راجع بند 1120 ، وبند 1311 ، وبند 1998 ، وبند 2054 مدني (2) .

516 * يناسب قوله : فإن لم يحصل تصحيح إلخ أنه لو جمع رجلان سلعتيهما في البيع وكانا بقرتين أو عبدين مثلا بدون تفصيل في الثمن لكل واحدة ، وطال مكث ما ذكر أزيد من شهرين ؛ فهذا البيع فاسد ؛ مختلف في فساده قد فات بطول زمان الحيوان عند المشتري ؛ فيمضي بالثمن على المتعاقدين وغيرهما ، وليس لأحد فيه كلام . أفاده عبد الباقي عند قول المصنف : « فإن فات مضى المختلف فيه إلخ » .

الفصل الثاني

« فيما يتعلق بالإثبات بالشهادة » (3)

بند 1348 – ويستثنى أيضا كل ما تعذر على رب الدين أن يستحصل فيه على
174/أ إثبات خطي يدل على / التزام المدين به له ، وهذه الصورة الثانية المستثناة تكون في الأحوال الآتية : **الحالة الأولى** : في المعاملات وشبه العمد والذنوب الخفيفة . راجع بند 1371 وما بعده وبند 1382 وما بعده مدني (4) .

الثانية : في الودائع الضرورية التي حصلت في صورة حرق ، أو هدم ، أو فتنة ، أو غرق ، أو ودائع السواحين المقيمين في الخانات والوكائل ، والعمدة في ذلك على أحوال الناس وقرائن الأحوال . راجع بند 1949 وما بعده .

---

(1) مثبت على هامش الأصل . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 303/1 .

(3) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1341 إلى 1347 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 304 ، 305 . (4) السابق 305/1 وما بعدها .

الثالثة : في العقود الضمنية في صورة الحوادث العارضة غير المتوقعة التي لا يمكن أن يعمل فيها سندات بالكتابة . الرابعة : في صورة ما إذا كان رب الدين فقد الوثيقة التي يحصل فيها الإثبات الخطي ، وكان فقده لها بحصول جائحة غير متوقعة نشأت عن قوة قهرية أفضت به إلى ذلك . راجع بند 1148 مدني [1] .

517 * يناسب آخر هذا البند ما مر في الكلام على بند 1316 من قولنا : ولابد من حضور الخط إلى آخر ما هناك .

الفصل الثالث [2]

« في الإثبات بغلبة الظنون وقرائن الأحوال »

بند 1349 – الإثبات بغلبة الظنون وقرائن الأحوال نتيجة يستنبطها الحاكم أو القاضي من حادثة معلومة ؛ ليقيس عليها حالة مجهولة . راجع بند 1316 ، وبند 1350 وما بعده مدني [3] .

518 * يناسب هذا البند ما مر في الكلام على بند 1316 / مما يتعلق بالأخذ بقرائن 174/ب الأحوال .

الفصل الرابع [4]

في الإقرار

بند 1356 – وأما الإقرار القضائي : فهو أن يقر في المحكمة خصم أو وكيله المفوض عنه بشيء . راجع بند 352 محاكمات . فتعتمد المحكمة ذلك الإقرار ويؤاخذ به من أقر ، ولا يجوز للقاضي أن يلفق في الحكم على مقتضى الإقرار بأن يأخذ به فيما على المقر لا فيما له ، كما إذا أقر بعشرة وأنه دفع منها خمسة ؛

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 306/1 .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفصل الفرع الأول « في الكلام على الأحكام المستند فيها لغلبة الظنون المقررة بالأحكام وبنوده 1350 إلى 1352 جـ 1 ص 306 ، 307 والفرع الثاني « في الكلام على غلبة الظن المفوضة لاجتهاد القاضي بند 1353 جـ 1 ص 308 وذلك من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 308 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 306/1 .

(4) لم يتناول المصنف في هذا الفصل البنود 1354 ، 1355 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 308 .

فيعمل بمقتضى جميع إقراره له أو عليه . راجع بند 1330 مدني . ولا يجوز أيضا أن يرجع المقر عن إقراره إلا إذا أثبت أن إقراره كان ناشئًا عن غلط في شيء حاصل بالفعل ؛ فله الرجوع عن الإقرار بخلاف ما إذا كان ناشئا عن غلط في حق من الحقوق فليس له الرجوع . راجع بند 1109 ، وبند 1110 ، وبند 2052 ، وبند 2055 مدني (1) .

519 * معلوم أنه يؤخذ المكلف الغير المحجور عليه بإقراره لمتأهل للتملك ولم يكذب المقر إذا لم يتهم المقر في إقراره (2) . كما في المصنف أول باب الإقرار وتمام الكلام في كتب المذهب (3) . وإذا أقر شخص بحق لآخر فقال المقر له : ما أعلم لي عليك شيئًا ثم رجع فقال : نعم لي عليك فأنكر المقر ؛ فإنه لا ينفعه إنكاره نقله ابن عرفة عن النوادر (4) ، ونص النوادر : ومن أقر أن لفلان عليه ألف درهم فقال : مالي عليك شيء ؛ فقد برئ بذلك ؛ فإن أعاد المقر الإقرار بالألف ، فقال الآخر : أجل هى لي عليك آخذته بها . قال سحنون : إذا قال : لك عليّ ألف درهم ، فقال الآخر : مالي عليك شيء ، ثم رجع فقال : هي لي عليك ؛ فأنكرها المقر ؛ فالمقر مصدق ولا شيء للطالب ، ولكن إن قال الطالب : ما أعلم لي عليك شيئًا ، ثم قال : نعم هي لي عليك ، فأنكر المقر ، فها هنا يلزمه ولا ينفعه إنكاره ، كذا في الحطاب أول باب الإقرار (5) ، وفيه عند قول المصنف من الباب لا المساوي ، والأقرب ما نصه : مسألة : قال القرافي في قواعده في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين : إذا أقر الوارث أن ما تركه أبوه ميراث بينهم على ما عهد في الشريعة وعلى ما تحمل عليه الديانة ، ثم جاء بشهود أخبروه أن أباه أشهدهم أنه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 308/1 .

(2) قاعدة : يؤخذ المكلف غير المحجور عليه بإقراره لمتأهل للتملك ولم يكذب المقر إذ لم يتهم المقر في إقراره .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير (يؤخذ المكلف بلا حجرٍ ، أي حال كونه غير محجور عليه .. احترازًا من الصبي ، والمجنون ، والسفيه ، والمكره فلا يلزمهم إقرار ، وكذا السكران ، ودخل في كلامه السفيه ... (بإقراره) أي اعترافه (لأهل) أي لمتأهل وقابل أن يملك ولو باعتبار المآل كالحمل ، أو باعتبارًا ما يتعلق به من إصلاح لبقاء عينه أو استحقاق كالوقف والمسجد فيصح الإقرار لهما وخروج عن الأهل نحو الدابة والحجر (لم يكذبه) نعت لأهل أي لأهل غير مكذب للمقر في إقراره له . الشرح الكبير 397/3 : 398 .

(4) هو كتاب النوادر والزيادات على المدونة لابن أبي زيد القيرواني .

(5) منقول بنصه في مواهب الجليل للحطاب 218/5 ، الفروق للقرافي 38/4 .

له ، وأقر أنه ملكها عليه بوجه شرعي ؛ فإنه إذا رجع عن إقراره بأن التركة كلها موروثة إلا هذا الدار المشهود بها له دون الورثة ، واعتذر بإخبار البينة له ، وأنه لم يكن عالما بذلك ؛ بل أقر بناءًا على العادة ومقتضى ظاهر الشريعة أنه تسمع دعواه ويقبل عذره ويقيم بينته ، ولا يكون إقراره السابق مكذبا للبينة وقادحا فيها ؛ لأن هذا عذر عادي / يسمع مثله اهـ كلام القرافي بلفظه [1] . وسلمة بن الشاط [2] اهـ . 175/أ

فقوله في البند : ويؤاخذ به من أقر موافق للمذهب بالقيود التي في كتبه ، وقوله : ولا يجوز أيضا إلخ : مناسبته للمذهب أخت الموافقة وسيأتي كلام على بند 1488 يناسبه ما ذكر مناسبة جيدة .

الفصل الخامس

« في اليمين »

بند 1357 – اليمين المشروعة قسمان : الأول : هو الذي يكتفي به أحد الخصمين من غريمه ، وبه يكون فصل القضاء ويسمى اليمين الفاصلة . راجع بند 1358 وما بعده مدني . والثاني : هو الذي يطلبه القاضي من أحد الخصمين بوصف كونه قاضيا ، وتسمى اليمين المؤكدة . راجع 1366 وما بعده مدني ، وبند 55 محاكمات ، وبند 17 تجاري وبند 366 جنايات [3] .

520 * إن كان المراد بيمين الفصل اليمين التي يحلفها المنكر بطلب خصمه على البت أو على نفي العلم ؛ فصدر البند موافق للمذهب ويأتي لذلك تفصيل .

---

(1) نقله الحطاب بلفظه عن القرافي في مواهب الجليل 223/5 ، الفروق للقرافي 38/4 .

(2) ابن الشاط هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري الأشبيلي ، الفقيه النظار ، أخذ عن الحافظ المحابي ، وأجازه أبو القاسم بن البراء ، وابن أبي الدنيا ، وعنه أخذ أبو زكريا الهنديل ، وابن الحباب ، من مؤلفاته : أنوار البروق في تعقيب مسائل الفروق ، وتحفة الرائض في علم الفرائض ، توفي سنة 723 هـ . الديباج المذهب لابن فرحون ص 226 ، شجرة النور الزكية ص 217 .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 309/1 .

الفرع الأول

« في يمين الفصل » [1]

بند 1358 – يجوز أن يطلب يمين الفصل في أي دعوى كانت . راجع بند 1715 ، وبند 1924 ، وبند 2275 مدني ، وبند 189 تجاري ، وبند 366 جنايات [2] .

521 * لا يستحلف القاضي الخصم المنكر حتى يطلب ذلك خصمه [3] . قال ابن فرحون [4] في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم منها : إن القاضي لا يستحلف / المدعى عليه إذا أنكر إلا بإذن المدعي إلا أن يكون من شاهد ذلك ما 175/ب
يدل على أنه أراد ذلك من القاضي ، ذكره الحطاب عند قول المصنف في باب القضاء : فإن نفاها واستحلفه إلخ [5] . وقول البند : يجوز أن يطلب يمين الفصل إلخ ؛ ليس على عمومه ؛ ففي الدسوقي عند قول المصنف من باب القضاء : وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين إلخ » من ادعى على شخص أنه عبده فأنكر فلا يمين على ذلك المدعى عليه ؛ لأن الأصل في الناس الحرية [6] ؛ فدعوى ذلك المدعي رقبة المدعى عليه خلاف الأصل ؛ فلما كانت خلاف الأصل تشوف الشارع للحرية ضعفت جدًّا ؛ فلم تتوجه اليمين لإبطالها . اهـ [7] .

---

(1) لم يتناول المصنف البند 1362 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 310 في المقارنة .

(2) السابق .

(3) قاعدة : لا يستحلف القاضي الخصم المنكر حتى يطلب ذلك خصمه .

(4) ابن فرحون : هو إبراهيم بن علي المدني ، أحد شيوخ الإسلام وقدوة العلماء الأعلام ، أخذ عن والده وعمه والإمام ابن عرفة ، من تصانيفه : شرح على مختصر ابن الحاجب ، وتبصرة الأحكام في أصول الأقضية ، والديباج المذهب في أعيان المذهب . (الدرر الكامنة 48/1 ، شذرات الذهب 357/6 ، شجرة النور الزكية ص 222) .

(5) نقله الحطاب عن ابن فرحون في مواهب الجليل 130/6 .

(6 ، 7) جاء في حاشية الدسوقي قوله : (ثبت إلا بعدلين أن الدعوى التي تثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما ويمين تتوجه على المدعى عليه بمجردها وترد على المدعي إن أراد المدعى عليه ردها عليه وكذا اليمين التي يحلفها المدعي مع الشاهد أو المرأتين إذا نكل عنها ترد على المدعى عليه فإن نكل عنها غرم بنكوله وشهادة الشاهد ، وليس للمدعى عليه ردها على المدعي ؛ لأن اليمين المردودة لا ترد ويستثنى من ذلك المفهوم من ادعى على شخص أنه عبده فأنكر فلا يمين على ذلك المدعى عليه ؛ مع أن الرق مما يثبت بشاهد ويمين ، وذلك لأن الأصل في الناس الحرية فدعوى ذلك المدعي رقبة المدعي عليه خلاف الأصل فلما كانت خلاف الأصل مع تشوف الشارع للحرية ضعفت جدًّا فلم تتوجه اليمين لإبطالها . حاشية الدسوقي 151/4 .

وظاهر قول البند : يجوز أن يطلب إلخ : جواز الطلب بمجرد الدعوى ، وإنكار الخصم ، ولا يؤخذ على ظاهره ؛ ففي المصنف والدردير من باب القضاء : أن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلينْ كالقتل والعتق والنكاح والطلاق ؛ فلا يمين على المدعى عليه بمجردها من المدعي ؛ بل حتى يقيم عليها شاهدًا واحدًا فيحلف المدعى عليه لرد شهادته . اهـ (1) . فالبند قوي المناسبة للمذهب .

بند 1359 – ولا يمكن أن تُطْلَب هذه اليمين إلا على واقعة ذاتية للحالف . راجع بند 120 وبند 121 محاكمات (2) .

176/أ **522** * في المصنف والدردير من آخر الشهادات : وإن ادعيت / أيها المدين قضاءً على ميت ، أي بأنك وفيته له قبل موته فإن أقاموا بينة بالقضاء ، أو أقر الورثة بذلك ؛ فالأمر ظاهر ، وإن أنكروا القضاء وأردت تحليفهم ؛ لم يحلف منهم على نفي العلم إلا من يظن به العلم بالقضاء واحدًا أو متعددًا من ورثته ؛ فإن حلف ؛ غرم المدين ، وإن نكل ؛ حلف أنه وَفَّى ، وسقط عنه مناب الناكل فقط ، وهذا إذا كان الوارث بالغا وقت الموت ؛ وإلا فلا يمين عليه ولو بلغ بعده قبل الدعوى (3) ، ولا يحلف من لا يظن به العلم ، ولا غير الوارث ولو أخًا شقيقًا مخالطا للميت مع وجود ابن ؛ إذ لا يحلف أحد ليستحق غيره . اهـ (4) .

فهذه يمين فصل يحلفها المنكر للقضاء على نفي العلم ، ولا تكون إلا بمن تعلقت الواقعة بذاته كما عرفت ؛ فالبند موافق للمذهب .

بند 1360 – يصح طلب يمين الفصل في أي حالة من أحوال الدعاوى ولو لم يكن هناك مقدمات لإثبات الدعوى أو لإثبات بعضها مما طلب عليه اليمين . راجع بند 1347 ، وبند 1348 مدني (5) .

523 * يأمر القاضي المدعى عليه بأن يجيب بإقرار أو إنكار ، فإن أقر وإلا طلب

---

(1) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 151/4 .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 309/1 .

(3) مذكور بنصه في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل 229/4 .

(4) الشرح الكبير للدردير على مختصر المصنف « خليل » 229/4 .

(5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 309/1 .

الحاكم من المدعي البينة ؛ فإن أقامها ؛ فظاهر ، وإلا توجهت اليمين على المدعى
176/ب عليه ، وإنما تتوجه عليه إن أثبت المدعي أنه خالطه / بدين [ولو مرة] [1] أي أن بينهما خلطة ، أو تكرر بيع بالنقد الحال وإن كان ثبوت الخلطة بشهادة امرأة ؛ لأن القصد من الخلطة اللطخ ، أي حصول الظن بثبوت المدعى به وهو يثبت بشهادة الواحد ولو أنثى [2] . كذا في الدردير في بحث الدعوى من باب القضاء . قال الأجهوري في هذا المحل نقلا : وكون الخلطة شرطًا في توجه اليمين هو الذي في المتيطية واختصارها لابن هارون ، ونحوه قول ابن رشد في سماع أصبغ ، ومذهب مالك وعامة أصحابه الحكم بالخلطة [3] ، ونقل ابن زرقون [4] عن ابن نافع [5] : لا تعتبر الخلطة [6] . وفي المبسوط عنه لا أدري ما الخلطة ، ولا أراها ، ولا أقول بها ، وأرى الأيمان واجبة على المسلمين عامة بعضهم على بعض [7] لخبر : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » اهـ [8] . وهو الذي عليه عمل القضاة بمصر ، ابن

(1) مثبت على هامش الأصل .

(2) جاء في الشرح الكبير قوله : (بجوابه) متعلق بأمر أي أمره الحاكم بأن يجيب بإقرار أو إنكار ، فإن أقر وإلا طلب الحاكم من المدعي البينة ، فإن أقامها فظاهره وإلا توجهت اليمين على المدعى عليه ، وإنما تتوجه عليه (إن) أثبت المدعي أنه (خالطه بدين ولو مرة) أي أن بينهما خلطة (أو تكرار بيع) بالنقد الحال وإن كان ثبوت الخلطة (بشهادة امرأة) ؛ لأن القصد من الخلطة اللطخ وهو يثبت بشهادة الواحد ولو انثى (لا بينة جرحت) . الشرح الكبير للدردير 145/4 .

(3) هذا هو المشهور من المذهب . (حاشية الدسوقي 145/4) .

(4) ابن زرقون هو محمد بن سعيد بن أحمد الأشبيلي ، ولد بشريش سنه 502 هـ ، سمع أباه ، وأبا محمد ابن عبدون ، وأبا الفضل بن عياض ولازمه واختص به ، من تصانيفه : كتاب الأنوار جمع فيه المنتقى ، والاستذكار ، توفي بأشبيلية سنة 586 هـ . (تكملة الصلة لابن الأبار ص 257 ، الديباج المذهب ص 286) .

(5) ابن نافع : هو عبد الله بن نافع بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ، فقيه محدث ، سمع مالكًا وصحبه أربعين سنة ، وعبد الله بن محمد بن عروة ، وروى عنه ابنه محمد ، والزبير بن بكار ، وعبد الملك بن حبيب ، وخرَّج عنه مسلم ، توفي سنة 216 هـ . (شجرة النور الزكية ص 56) .

(6) حاشية الدسوقي 145/4 .

(7) المعتمد في المذهب هو قول ابن نافع لجريان العمل به ، ومعلوم أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب إن خالفه . (المرجع السابق) .

(8) تخريج الحديث صحيح .
أخرجه الترمذي كتاب الأحكام باب أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه رقم 1364 ، البيهقي 279/8 وأخرجه مسلم كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه رقم 1711/1 بلفظ [لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه] .

عرفة وعليه عمل القضاة عندنا . اهـ . وقول البند : « ولو لم يكن هناك مقدمات إلخ » : الظاهر أن مراده ما يشمل الخلطة ؛ لأنها مقدمة لتقوية الدعوى ؛ وحينئذ : فالبند مناسب جدًّا لما عليه العمل بمصر والمغرب .

بند 1361 – كل من طلبت منه اليمين فنكل عنها ولم يرض ردها على خصمه ولا استحلافه ، أو ردت عليه اليمين ولم يحلفها ؛ فإنه لاحق له في دعواه إن كانت موضوع اليمين / المطلوب ، ولا في الدفع المطلوب اليمين لأجله . راجع 177/أ بند 1350 ، وبند 1368 مدني [1] .

524 * في « القول المرتضى في أحكام القضاء » ما نصه : ويتم نكوله عن اليمين بقوله : لا أحلف وأنا ناكل عن اليمين ، أو احلف أنت ، فيحلف المدعي ويستحق ، وأما تماديه على الامتناع عن اليمين بدون هذه الألفاظ ؛ فهو يشبه الامتناع عن الجواب . اهـ . وقد تقدم حكم الامتناع المذكور في الكلام على بند 1323 ، وقوله : « فيحلف المدعي إلخ » أي في الصور الثلاث قبله لا في الأخيرة فقط كما يتبادر بدليل قوله بعده : يؤمر الحاكم أن يبين للناكل حكم النكول بأن يقول للمدعى عليه : إن نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادعاه عليك . اهـ . وفيه قبل ذلك : إذا رد المدعى عليه اليمين على الطالب توجهت عليه ، فإن حلف فلا كلام ، وإن نكل عن اليمين ؛ لم يلزمه المدعى به . اهـ . فالبند موافق للمذهب .

بند 1363 – إذا حصل الحلف المطلوب أصالة أو المردود ، فلا يسمع من الخصم المحلوف له تكذيب الحالف . راجع بند 1350 ، وبند 1352 مدني ، وبند 366 جنايات [2] .

525 * هذا البند موافق للمذهب . انظر قول المصنف في باب القضاء : فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر إلخ ، مع ما كتب عليه [3] ، وانظر أيضا ما كتبنا على البند بعده .

بند 1364 – لا يجوز للخصم الذي طلب اليمين من خصمه / أو ردها ، عليه 177/ب أن يرجع على غريمه بعد قبول الغريم ذلك [4] .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 309/1 وما بعدها . (2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 310/1 .

(3) قال الدردير شارحًا لهذا النص : « فإن نفاها » بأن قال : لا بينة لي (واستحلفه) أي طلب المدعي تحليفه وحلف (فلا بينة) تقبل للمدعي بعد ذلك (إلا لعذر) كنسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها » اهـ . الشرح الكبير 146/4 .

(4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 310/1 .

526 * في الأجهوري عند قول المصنف : وإن أنكر قال : ألك بينة إلخ ، قال المواق [1] بعد ذكره كلاما عن المتيطي ما نصه : ومن هذا يُعْلَم أن قول المصنف : « واستحلفه » لا يعطي بمفهومه أنه لو لم يستحلفه وأراد البقاء على حقه أنه يمكن من ذلك ؛ بل إذا طلب المطلوب تعجيزه وحلف له ليرتفع عنه الطلب كان له ذلك على مذهب ابن القاسم [2] اهـ .

قلت : وهذا يرشح عمل جمع من القضاة الذين أدركناهم وغيرهم من أن من تكررت شكيته لشخص ولم يثبت دعواه ويطلبه المدعى عليه لدى قاضٍ مالكي ، ويقول للقاضي : إما أن يثبت ما يدعيه أو تحكم لي ببراءتي منه ، فيجيبه القاضي لما قال ، ويستدلون على ذلك بقول الفقهاء في مسألة : وإن تنازع قادرون فبينهم أن ذلك لقطع النزاع ، وقولهم : إن الشرع ناظر لتقليل الخصومات ما أمكن ولغير ذلك . اهـ .

وإذا لم يمكن من البقاء على حقه ابتداء فأولى أن لا يمكن من الامتناع عن التحليف بعد أن طلب يمين خصمه . وفي « القول المرتضى في أحكام القضاء » ما نصه : مسألة ومن العتبية من رواية عيسى وأصبغ عن ابن القاسم في المدعي يقول للمدعى عليه : احلف وابرأ ، فيقول الآخر : بل احلف أنت وخذ ما ادعيت ، فإذا
178/أ همّ باليمين بدأ المدعى عليه وقال : لم أظنك تجترئ على / اليمين ، قال : ليس له أن يرجع ، ولنحلف المدعي وليأخذ حقه مكانه ، ذلك عند السلطان أو عند غير السلطان ، وقد لزمه ذلك ، وقال في المتيطية وأحكام ابن سهل [3] : ومن وجبت عليه يمين فردها على من طلبه بها بمحضره ، فسكت الذي ردت عليه حينئذ ومضى زمان ، ثم ذهب إلى أن يحلف فقال الراد : لا أمكنك من اليمين وأنا أحلف على إنكاري دعواك ، وإنما مكنتك حينئذٍ ؛ فإذا لم تحلف وطال الزمان فاليمين إنما بقيت عليّ لا عليك ؛ فالحكم في ذلك أنه إذا رد اليمين ؛ فلا رجوع له فيها ، طال

(1) هو محمد بن يوسف العبدري صاحب التاج والإكليل ، قد سبقت ترجمته .

(2) التاج والإكليل على مختصر خليل 131/6 .

(3) ابن سهل : القاضي أبو الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي ، الإمام الفقيه الموثق النوازلي الحافظ المشاور ، تفقه بأبي عبد الله بن عتاب ولازمه ، وأخذ عن ابن القطان ، وحاتم الطرابلسي وروي عن مكي بن أبي طالب وغيره ، وأجازه ابن عبد البر ، كان يحفظ المدونة ، وتفقه به جماعة منهم القاضي أبو محمد بن منظور . انظر شجرة النور الزكية ص 122 .

الزمان في ذلك أو قصر ، ويحلف الذي ردت عليه ويستحق بيمينه ما يحلف عليه ، وهو قول مالك وعامة أصحابه لا أعلم بينهم في ذلك اختلافا : اهـ . وربما يقاس المدعى عليه المنكر على المدعي الذي أريد الرد عليه فيقال : إن المدعى عليه المنكر إذا طلب المدعي تحليفه ؛ وهم بالحلف فامتنع المدعي من تحليفه فليس له ذلك ؛ فحكم المدعي المذكور كما مأخوذ من عبارة الأجهوري قد تؤخذ أيضا من عبارة القول المرتضى ، وأما حكم المدعى عليه الذي أراد الرد على المدعي ثم امتنع ؛ فعبارة القول المرتضى صريحة فيه ؛ وحينئذٍ فالبند موافق للمذهب .

بند 1365 – اليمين المحلوفة لا تعود بالمنفعة أو بالمضرة إلا على طالب اليمين ، ولكن اليمين التي يطلبها أحد الدائنين / المتضامنين من المدين لا تبرأ بها من ذمة 178/ب
هذا المدين وشركائه إلا في القدر الذي يستحقه ذلك الدائن الطالب لليمين . راجع بند 1197 وما بعده مدني [1] . واليمين المتوجهة على المدين الأصيل تبرأ بها ذمة جميع ضمانه . راجع بند 1287 ، و 1301 ، و 2025 ، و 2034 مدني . واليمين المتوجهة على أحد الشركاء المدينين المتضامنين تبرأ بها ذمة المدين الأصيل ، ولكن في هاتين الحالتين الأخيرتين يمين أحد الشركاء المتضامنين أو يمين الضامن ؛ لا تبرأ بها ذمة باقي الشركاء ولا المدين الأصيل ، إلا إذا كانت اليمين متعلقة بعين الدين وليست متعلقة بالضامن في الشركة أو بالتضامن [2] .

527 * يمين المدعى عليه المنكر تعود بالمنفعة على طالبها إن نكل عنها وردها على الطالب وأعطاه حقه ، وبالمضرة على الطالب إن حلفها وبرئت ذمته ، واليمين المردودة على المدعي تعود بالمنفعة على طالبها إن نكل عنها المدعي ، وبالمضرة إن حلفها واستحق ، وإذا كان لجماعة دين مشترك بينهم على آخرين ، وهو مشترك بينهم أيضا ، والدائنون متضامنون بحيث ضمنوا لكل دائن منهم ماله على مدينه ثم جحد أحد المدينين ما عليه وطلب خصمه يمينه فحلفها ؛ برئت ذمة هذا المدين وشركائه إن كانوا متضامنين أيضا في خصوص القدر الذي يستحقه الدائن من هذا الحالف ، وإذا توجهت اليمين على مدين أصيل فحلفها وبرئ ، برئ جميع الضامنين له [3] ، لما أنه متى برئ الأصل برئ

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 310/1 .

(3) قاعدة : إذا توجهت اليمين على مدين أصيل فحلفها وبرئ برئ جميع الضامنين له .

الضامن [1] ، وإن كان لشخص دين على جماعة شركاء فيه متضامنين فجحد أحدهم حصته وتوجهت عليه اليمين فحلفها ؛ برئت ذمته ، وكذا تبرأ ذمة شركائه من ضمانه ، وإذا طلب الضامن الدين من الأصيل ودفعه له أو دفعه له بلا طلب وقال : أنا بريء منه ثم طلب رب الدين الأصيل فادعى أنه دفعه إلى الحميل بوجه ما ذكر ، ووجه عليه الدعوى فأنكر الحميل وطلب المدين يمينه فنكل وطلب ردها على المدين فحلف ؛ لزم الدين الحميل ، وبرئت ذمة المدين الأصيل ؛ فبراءة ذمة الأصيل باليمين المتوجهة على الضامن إنما هي بواسطة ردها من الضامن على الأصيل ؛ فللبند مناسبة للمذهب .

الفرع الثاني [2]

« في اليمين المؤكدة التي طلبها من وظيفة القاضي »

بند 1367 – لا يجوز للقاضي أن يطلب اليمين على الدعوى ، أو على أوجه دفعها إلا بهذين الشرطين :

الأول : أن لا يكون موضوع الدعوى أو أوجه دفعها قد ثبت ثبوتًا كليًا .

179/أ **الثاني** : أن لا تكون خالية بالكلية / عن الدلائل ؛ بل فيها بعض أدلة استحقت أن تسمع ، وفيما عداها بين الصورتين ؛ للقاضي أن يحكم بسماع الدعوى أو برفضها من غير بحث ولا تحقيق [3] .

528 * قول البند الأول : « أن لا يكون موضوع الدعوى إلخ » مائل جدًا للأخذ بقرائن الأحوال ، وقد تقدم الكلام عليها في الكلام على بند 1316 .

وقوله الثاني : « أن لا تكون إلخ » فيه نوع ميل ؛ لاعتبار الخلطة بين الخصمين ، وقد تقدم الكلام عليها في بند 1360 ؛ فللبند نوع مناسبة بالمذهب .

بند 1369 – لا يجوز للقاضي أن يطلب هذه اليمين المؤكدة على تعيين قيمة

---

(1) قال الدردير شارحا قول المصنف : « وإن برئ الأصل » أي المدين ؛ بهبة الدين له ، أو موته مليًا ورب الدين وارثه أو نحو ذلك « برئ » الضامن ؛ لأن طلبه فرع ثبوت الدين على الأصل . اهـ من الشرح الكبير على مختصر خليل 336/3 وما بعدها .

(2) لم يتناول المصنف في هذا الفرع البنود 1366 ، 1368 من بنود تعريب القانون المدني الفرنساوي جـ 1 ص 311 في المقارنة .

(3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 311/1 .

الشيء المدعى به إلا إذا تعذر إثباتها بوجه آخر ؛ بل ينبغي للقاضي في هذه الحالة أن يعين قيمة المدعى به إلى حد النصاب الذي يصدق فيه المدعي بيمينه . راجع بند 1366 مدني ، وبند 120 محاكمات [1] .

529 * [إن اختلف الراهن والمرتهن في قيمة رهن تالف عند المرتهن لتشهد على الدين أو ليغرمها المرتهن حيث توجه الغرم عليه تواصفاه ، ثم إن اتفقا على الصفة قوم من أهل الخبرة وقضي بقولهم] [2] ، [وكفى الواحد في التقويم ؛ لأنه من باب الإخبار ؛ إذْ هو إعلام بالقيمة ، لا من باب الشهادة على ما رجح] [3] ، [فإن اختلفا / في صفته ؛ فالقول للمرتهن بيمينه ؛ ولو ادعى شيئًا يسيرًا ؛ لأنه غارم ، 179/ب
وقيل : إلا أن يتبين كذبه لقلة ما ذكره جدًّا] [4] ، وهذا ضعيف ، كذا في الدردير والدسوقي أواخر باب الرهن [5] . وإذا قال الغاصب : إن الشيء المغصوب قد تلف وكذبه ربه ؛ فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم ، وكذا القول قوله في صفته وقدره مع يمينه في الثلاث إن أشبه ، أشبه الآخر أم لا ؛ فإن نكل ؛ فالقول لربه مع يمينه ، فإن لم يشبه وأشبه المغصوب منه ؛ فالقول قوله مع يمينه ، فإن لم يشبها ؛ قضي بأوسط القيم بعد أيمانها بنفي كل منهما دعوى صاحبه مع تحقيق دعواه ونكولهما كحلفهما ، ويقضى للحالف على الناكل . كذا في الخرشي والعدوي [6] عند قول المصنف في باب الغصب والقول له في تلفه إلى آخره .

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 311/1 . (2) الشرح الكبير للدردير 260/3 .
(3 ، 4) حاشية الدسوقي 260/3 . (5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 311/1 .
(6) جاء في الخرشي : (ص) والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف (ش) يعني أن الغاصب إذا قال : إن الشيء المغصوب قد تلف وكذبه ربه فالقول قول الغاصب ؛ لأنه الغارم ، وكذلك القول قول الغاصب في نعته أي في صفته وكذلك القول قول الغاصب في قدر الشيء المغصوب يريد مع يمينه في المسائل الثلاث كما في المدونة ، فالضمير في له للغاصب ، وإنما يكون القول قوله في نعته وقدره حيث أشبه الآخر أم لا فإن لم يشبه وأشبه رب المغصوب فالقول قوله مع يمينه ، فإن لم يشبها قضي بأوسط القيم بعد أيمانهما بنفي كل دعوى صاحبه مع تحقيق دعواه ، وفهم من قوله نعته وقدره أنهما ولو اختلفا في جنسه لم يكن الحكم كذلك وهو كذلك في حالة عدم شبههما فإن القول حينئذٍ قول الغاصب ، لأنه غارم إذ لا يتأتى فيه أوسط القيم .
وجاء في حاشية العدوي : (قوله في تلفه) أي إذا ادعاه وأنكر المغصوب منه أو في ثمنه إذا باعه وقوله في نعته أي صفته ، وتعيين الصفة بأحد أمرين إما وصف الطول والعرض والصفاقة والخفة وغير ذلك ، وإما إتيان الغاصب بمثل ما غصب ويقول مثل هذا (قوله وقدره) أي من كيل أو وزن أو عدد (قوله يريد مع يمينه) قوله (بعد أيمانهما) =

واعتبار القول للغاصب أو المغصوب لينبني عليه تقويم المقومين بوجه ما ذكر في الرهن ، وكل ذلك عند عدم البينة على ما يخالف من القول قوله كما تقتضيه قواعد المذهب ، فلا يصار إلى تصديق واحد منهما بيمينه إلا إذا تعذر إثبات خلاف قوله ، وهذه اليمين وإن لم تكن على نفس القيمة لكنها تنبني عليها القيمة ، ولا تكون إلا عند تعذر إثبات خلاف ماهي له ؛ فصدر البند مناسب للمذهب / . 180/أ

الكتاب الرابع

في الأحكام والحقوق المترتبة على العقود التي هي عقود ضمنية

بند 1370 – من العقود ما يحصل من غير واسطة تراض واتفاق صريح لا من طرف الملتزم ولا الملتزم له ، وهي نوعان : ما يترتب على قوة الأصول والأحكام ، وما يترتب على أمر متعلق بالعاقد خاص به دون غيره . فالنوع الأول الواجب بالأحكام هو الحقوق المترتبة على العقد ضمنًا ، وذلك كالحقوق القسرية التي تقع بين أصحاب الأملاك المتجاورة ، أو أحكام الأولياء والأوصياء ، وغيرهم من المديرين الذين يلزمهم قبول الوظائف التي تقلدهم بها القوانين . والنوع الثاني : واجبات الأحكام والحقوق المترتبة عن عقود ذاتية ، وهي إما أن تنتج من عقود ضمنية سكوتية ، كالمعاطاة ، أو من جنحة ؛ أي من عمد أو شبه عمد وهو موضوع الكتاب المذكور [1] . راجع بند 419 ، وبند 450 ، وبند 637 وما بعده ، وبند 650 ، وبند 1371 وما بعده مدني .

530 * جميع ما يحصل من غير واسطة تراضٍ واتفاق من العاقدين مما يترتب شرعًا على العقود ذات الصيغة أو المعاطاة ، وكذا ما يترتب على ارتكاب ماياًباه الشرع لا يسمى كل ذلك في المذهب عقودًا / ضمنية ، بل أحكاما شرعية وإن كانت 180/ب
هذه التسمية لا محذور فيها ، وتقدم بيان لما قد يسمى باصطلاح البند حقًّا قسريًّا في الكلام على بند 637 وما بعده إلى بند 641 .

= أي ونكولهما كحلفهما ويقضي للحالف على الناكل (قوله وهو كذلك في حالة عدم شبههما) حاصلة أن القول قول الغاصب أن إشبه أشبه المغصوب منه أم لا فإذا انفرد المغصوب منه بالشبه القول له فإن لم يشبه واحد منهما فالقول قول الغاصب (قوله لأنه غارم) تعليل لقوله الخرشي وحاشية العدوي 145/6 .

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 312/1 .

الباب الأول [1]

« في المعاطاة المترتب عليها عقود ضمنية »

بند 1371 – المعاطاة أفعال اختيارية للإنسان ينشأ عنها التزام أيًا ما كان لأجنبي وربما نشأ عنها التزام كل من الجانبين للآخر . راجع بند 1348 مدني [2] .

531 * الظاهر أن مراد البند بالمعاطاة ما يشمل التمليك بالإعطاء من أحد الجانبين فقط على وجه التبرع كما في العارية ؛ فإنها كما تكون بالقول والإشارة تكون بالمناولة التي هي الإعطاء المذكور ، وأما المعاطاة على بابها ؛ فهي التي ينشأ منها التزام كل من الجانبين للآخر ، وذلك في البيع ؛ فإنه ينعقد بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة أو معاطاة ، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ؛ ولو في غير المحقرات ، ويلزم البيع فيها بالتقابض ، كذا في الدردير [3] أول البيوع . والحطاب : فالبند موافق للمذهب .

بند 1376 – من قبض شيئًا لا يستحقه وجب عليه أن يرده لمن أخذه منه بدون حق . راجع بند / 1109 ، و 1110 مدني [4] . 181/أ

532 * هذا البند موافق للمذهب .

بند 1377 – إذا اعتقد إنسان غلطا أنه مدين لآخر فقضاه دينه ، فبان الدين على غيره ؛ فله الرجوع به على الدائن . راجع بند 1376 مدني .

ولكن لا حق له برجوعه على الدائن في حالة ما إذا كان الدائن شطب على سند الدين عقب سداده بذلك ؛ حيث لا ينفعه سنده ، وإنما يرجع الغالط في هذه الحالة بما دفعه على المدين الأصلي [5] .

533 * سيأتي كلام على بند 1488 يناسب صدر هذا البند إلى ما قبل الاستدراك .

بند 1379 – فإذا كان الشيء المأخوذ من غير حق عقارًا أو عينًا منقولًا ؛

(1) لم يتناول المصنف في هذا الباب البنود 1372 إلى 1375 ، 1378 من بنود تعريب القانون الفرنساوي المدني جـ 1 ص 313 في المقارنة .

(2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 312/1 .

(3) الشرح الكبير للدردير 2/3 ، 3 .

(4 ، 5) تعريب القانون الفرنساوي المدني 313/1 .

وجب على آخذه أن يرده إلى صاحبه بعينه إذا كان له وجود ، أو بقيمته إذا تلف أو حصل فيه خلل بتفريطه ، بل هو ضامن له ولو تلف أو اختل بجائحة ؛ إذا كان قد أخذه بالتدليس والخيانة . راجع بند 1148 ، وبند 1302 مدني [1] .

534 * تقدم في الكلام على بند 570 ما يناسب هذا البند من حكم المغصوب من حيث رد عينه أو مثله أو قيمته ، وشأن المغصوب داخل في عموم هذا البند ، وليس البند خاصًّا به ؛ لكنه أظهر إفراده ؛ فلذا اقتصرنا عليه .

181/ب **بند 1380** – فإن كان قبض ذلك من غير تدليس / ولا خيانة وباعه فلا يجب عليه إلا رد ثمنه الذي باعه به . راجع بند 1238 ، و 1240 ، و 1935 مدني [2] .

535 * من عنده لقطة عرفها سنة ثم حبسها ؛ فإن باعها بعد أن نوى تملكها ؛ فعليه قيمتها [3] ، لأنه بنية التملك صار ضامنًا للقيمة ، وإن باعها دون أن ينوي تملكها ؛ فليس لربها إلا الثمن الذي بيعت به ، والبيع ماضٍ ، ويرجع ربها بالثمن على الملتقط ولو عديمًا ، لا على المشتري ولو مليًّا ؛ لأنه اشترى بوجه جائز ، نعم في المحابات يرجع بقدرها على الملتقط ؛ فإن أعدم ؛ فعلى المشتري ، كذا في الدردير والدسوقي وضوء الشموع عند قول المصنف في اللقطة : « وإن باعها بعد ؛ فما لربها إلا الثمن » [4] . والبند مناسب جدًّا لهذه الصورة الأخيرة ؛ لأنه لا تدليس في قبض الملتقط ولا خيانة .

(1 ، 2) تعريب القانون الفرنساوي المدني 314/1 .

(3) قاعدة : من عنده لقطة عرفها سنة ثم حبسها ، فإن باعها بعد أن نوى تملكها فعليه قيمتها .

(4) جاء في الشرح الكبير للدردير : (وإن باعها) الملتقط (بعدها) أي بعد السنة التي عرفها بها (فما لربها إلا الثمن) الذي بيعت به والبيع ماض يرجع به على الملتقط ولو عديمًا لاعلى المشتري ولو مليًّا (بخلاف ما لو وجدها) ربها (بيد المسكين) المتصدق بها عليه .

وجاء في حاشية الدسوقي : - (قوله وإن باعها الملتقط) أي بأمر السلطان أو بغير أمره (قوله فما لربها إلا الثمن) ظاهره ولو كان باعها بعد أن نوى تملكها بعد السنة وليس كذلك ، لأنه بنية التملك صار ضامنًا قيمتها .... (قوله والبيع ماض) أي فليس للملتقط نقضه وأخذها من المشتري ولو كانت قائمة (قوله يرجع على الملتقط) أي يرجع عليه أيضا بالمحاباة ؛ لأنه كالوكيل فإن أعدم في مسألة المحاباة يرجع على المشتري بما حابى به فقط لا بأصل الثمن إذ لا يرجع عليه به بل على الملتقط ولو عديمًا كما قال الشارح والفرق بين المحاباة يرجع بها على المشتري إذا أعدم البائع وبين الثمن لا يرجع به على المشتري بل على البائع ولو معدمًا أن المشتري لما شارك البائع في العداء بالمحاباة رجع عليه بها عدم بائعه ولا كذلك الثمن ؛ فلذا لم يرجع عليه به عند عدم البائع . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 123/4 ، 124 .

بند 1381 – وينبغي لصاحب الشيء إذا رد عليه ما أخذ منه أن يدفع لمن كان قد استولى عليه ولو بوجه الخيانة والتدليس جميع المصاريف اللازمة أو النافعة التي صرفت لحفظ ذلك الشيء . راجع بند 1375 ، و 1378 ، و 1886 مدني [1] .

536 * من التقط دابة مثلًا فأنفق عليها من عنده كل النفقة أو بعضها ، كما لو أكراها فنقص الكراء عن نفقتها / وكمّل الملتقط نفقتها من عنده فإن ربها يخير إذا جاء بين فكها بمثل النفقة ؛ لأنه قام عنه بواجب ، وإسلامها لملتقطها في نظيرها ؛ فإن أسلمها ثم أراد أخذها ودفع مثل النفقة لم يكن له ذلك ؛ لأنه ملكها للملتقط برضاه ، وكذا إذا دفع له النفقة ثم أراد أن يسلمها له ويأخذ منه النفقة فليس له ذلك ، كذا في الدردير والدسوقي عند قول المصنف في اللقطة : « وخير ربها بين فكها إلخ » [2] . فالبند مناسب للمذهب ما عدا قوله : ولو بوجه الخيانة والتدليس . 182/أ

الباب الثاني

« في الجنحة سواء كانت عمدًا أو شبه عمد »

بند 1382 – كل عمل أيًّا ما كان نشأ منه خسارة على الغير وجب على من تسبب في ذلك بتقصيره أن يجبر تلك الخسارة . راجع بند 1310 وبند 1348 مدني ، وبند 479 جنايات [3] .

537 * يناسب هذا البند ضمان المستعير والمودع بالفتح وغيرهما مما يضمن فيه بالتفريط .

بند 1383 – يضمن كل إنسان الخسارة التي تترتب على فعله ، بل وعلى تركه وعدم احتياطه . راجع بند 244 ، وبند 319 ، وبند 320 ، وبند 471 ، وبند 415 جنايات [4] .

538 * ظاهر البند سواء كان الفعل المترتب عليه الخسارة عمدًا أو خطأ ، وفي الدردير والدسوقي أوائل / باب الإيداع : يضمن المودع بالفتح الوديعة سقوط شيء 182/ب من يده عليها ولو خطأ ، كمن أذن له في تقليب شيء فسقط من يده فكسر غيره فلا يضمن الساقط ؛ لأنه مأذون له فيه ، ويضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ ؛ لأن

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 314/1 . (2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 123/4 .
(3 ، 4) تعريب القانون الفرنساوي المدني 314/1 .

العمد والخطأ في أموال الناس سواء [1] . اهـ [2] .

ومن ذلك الأعمى يمر على شيء فيعثر فيتلف شيئًا فينبغي الضمان ؛ لأنه من خطاب الوضع ، ذكره أصيل ، وذكر الحطاب أوائل باب الغصب عند قول المصنف أو أكره غيره على التلف كلامًا نفيسًا يتعلق بقاعدة العمد والخطأ إلخ [3] ، وذكر أول باب الجنايات أن النائم يضمن ما أتلفه حاله نومه من الأموال في ماله . اهـ . ويحلف المستعير فيما علم أنه بلا صنعة كسوس في خشب ، وقرض فأر ، وحرق نار أنه ما فرط ، كان مما يغاب عليه أم لا إذا ادعى عليه أنه إنما حصل ذلك من تفريطه ؛ فإن نكل غرم بنكوله ، ولا ترد على المدعي ؛ لأنها يمين تهمة ، وكذا الوديعة والرهن ، وعلم منه أنه يجب تعهد العارية والوديعة والرهن ونحوها مما في أمانته إذا كان يخاف عليه العيب بترك التعهد ، وحيث ضمن فيضمن ما بين قيمته سليمًا وقيمته بما حدث فيه ؛ فإن ضمن جميع قيمته ، كذا في الدردير من العارية عند قول المصنف :
183/أ وحلف فيما علم أنه بلا / سببه إلخ [4] فالفعل الناشيء عنه التلف أوجب الضمان مطلقًا عمدًا أو خطأ [5] ، وكذا ترك التعهد كما علمت ؛ فالبند بظاهره يوافق المذهب .

بند 1384 – ليس الإنسان ضامنًا للخسارة التي تتسبب عن عمله فقط ، بل هو

---

(1) قاعدة : العمد والخطأ في أموال الناس سواء .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير (وتضمن بسقوط شيء) من يد المودع بالفتح (عليها) فتتلف ولو خطأ ؛ لأنه كالعمد في الأموال (لا) يضمن (إن انكسرت) الوديعة من المودع بلا تفريط (في نقل مثلها) المحتاج إليه من مكان إلى آخر ونقل مثلها هو الذي يرى الناس فيه أنه غير متعد به فإن لم يحتج له أو احتاج ولكن نقلها نقل غير مثلها فمن .
وجاء في حاشية الدسوقي : (قول بسقوط شيء عليها ، أي على الوديعة المفهومة من الإيداع وقوله وله خطأ أي هذا إذا كان السقوط عمدًا ؛ بل ولو كان خطأ كمن أذى له في تقليب شيء فسقط من يده فكسر غيره فلا يضمن الساقط ؛ لأنه مأذون له فيه ويضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ والعمد والخطأ في أموال الناس سواء الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 419/3 ، 420 .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب : (أو أكره غيره على تلف) ... وكتاب الإكراه في النوادر وكلام الغراض في شرح المحصول وكلام ابن يونس في أوائل الوديعة وقال في المسائل الملقوطة : العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التكلف والعلم فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد ولا يلتفت للضرب والحبس وغير ذلك من أنواع التهديد والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه ا.هـ مواهب الجليل 278/5 .

(4) الشرح الكبير على المختصر 436/3 ، 437 .

(5) قاعدة : الفعل الناشئ عنه التلف أوجب الضمان مطلقًا عمدًا أو خطًا .

ضامن أيضًا للخسارة التي تتسبب عن عمل من يكون تحت ولايته وكفالته ووصايته وضمانه ؛ وهو ضامن أيضا للأشياء التي يكون تحت حفظه واستيداعه ؛ فيضمن الأب الخسارة التي تنشأ عن عمل أولاده القاصرين الساكنين معه ، وكذلك الأم عند فقد الأب ، وكذلك يضمن المخدوم أو الأصيل الخسارة الناشئة عن خادمه أو وكيله في الوظيفة التي أقامه فيها ، ويضمن المعلمون علما أو صنعة الخسارة التي ترتبت على عمل تلامذتهم وصبيانهم ؛ ما داموا تحت ملاحظتهم ؛ ومحل وجوب الضمان في هذه الصور إذا لم يبرهن الأب أو الأم أو المعلمون على أنه لم يمكنهم أن يمنعوا هذا الحادث الذي ترتب عليه الضمان . راجع بند 372 ، وبند 797 ، وبند 1953 مدني ، وبند 74 جنايات [1] .

539 * قوله : وهو ضامن أيضا للأشياء إلخ أي لما يصدر عن الأشياء ، وقوله : التي تكون تحت حفظه إلخ / يشمل المالك بالأولى ، والبهائم غير المعروفة بالعداء ولم تربط ولم يقفل 183/ب
عليها بما يمنعها وكانت مما يمكن التحرز عنه كدجاج لا يطير ، سواء كانت مأكولة اللحم أم لا إذا أتلفت شيئا من الزرع والحوائط ليلا فعلى ربها ؛ وإن زاد ما أتلفته على قيمتها ، ويضمن ربها ما ذكر بقيمته على الرجاء والخوف بأن يقال : ما قيمة هذا الزرع لمن يشتريه ؟

إن لو جاز بيعه على رجاء تمامه وخوف عدم تمامه ، ولا يضمن ربها ما أتلفته غير العادية نهارًا إن لم يكن معها راع ، أو عجز الراعي عن دفعها وسرحت بعيدة عن المزارع بحيث يغلب على الظن أنها لا تذهب للزرع ؛ فإن كان معها راع أو سرحها ربها قرب المزارع فعلى الراعي الأول إن كان له قدرة على منعها ، كانت بقرب المزارع أوْلا ، وعلى ربها في الثاني ، وكذا إن كانت عادية فعلى ربها ليلًا أو نهارًا إلا مع راعٍ قادرٍ على منعها مما أتلفته ؛ فإن ربطت ربطا محكما أو قفل عليها قفلًا محكمًا واتفق انفلاتها فليس على ربها ضمان مطلقًا ، عادية أم لا في ليلٍ أو نهارٍ ، كما لو سرحت بعيدة عن المزارع بلا راع [2] ، وأما لو أتلفت غير الزرع

---

(1) تعريب القانون الفرنساوي المدني 315/1 .

(2) جاء في الشرح الكبير (وما أتلفته البهائم) مأكولة اللحم لا من الزرع والحوائط ، وهي غير معروفة بالعداء، ولم تربط ، ولم يقفل عليها بما يمنعها (ليلًا فعلى ربها وإن زاد) ما أتلفته من الزرع ونحوه على قيمتها .... (أو) ما أتلفه غير العادية (نهارًا) فليس على ربها بشرطين ذكرهما بقوله (إن لم يكن معها راعٍ) أو عجز عن دفعها (أو سرحتْ بُعدَ المزارع) بحيث يغلب على الظن أنها لا تذهب للزرع (وإلا) بأن كان معها راع أو سرحها ربها قرب المزارع (فعلى الراعى) في الأول إن كان له قدرة على منعها كانت بقرب =

184/أ ونحوه كآدمي أو عضوٍ منه ، أو مال كَمَدَته بفمها ، أو / رمته برجلها ؛ فإن كانت عادية ضمن ربها ما أتلفت ليلًا أو نهارًا ؛ حيث فرط في حفظها ، وإن كانت غير عادية فلا يضمن ما أتلفته بذنبها أو قرنها أو بوطئها ليلًا أو نهارًا ؛ ولو لم يربطها أو يغلق عليها بابًا ، [1] كذا في الدردير والدسوقي والبناني عند قول المصنف في باب الشرب : وما أتلفته البهائم إلخ ؛ ففي هذه المسائل ضمنوا ما أتلفته البهائم لربها تارة ، وللراعي أخرى بالتفريط ؛ لوجوب الحفظ عليهما ، والمودع بالفتح كربها فيما يظهر لنيابته عنه في الحفظ ، وقول البند : ويضمن المعلمون إلخ يناسبه ما مر عن الأجهوري في الكلام على بند 1237 ؛ فلكل من قول البند : وهو ضامن للأشياء إلخ ، وقوله : ويضمن المعلمون إلى آخره مناسبة جيدة بالمذهب .

بند 1385 – يضمن مالك الحيوان أو مالك منفعته ما دام الحيوان تحت استعماله جميع التلف الذي يحصل من هذا الحيوان ، سواء كان تحت يده أو حفظه أو ضل منه وانفلت ، راجع بند 471 ، وبند 479 جنايات [2] .

184/ب **540** * يناسبه ما مر في البند قبله من حكم ما أتلفته البهائم / .

بند 1386 – ويضمن صاحب المباني الخسارة التي تنشأ عن تهدمها وسقوطها إذا حصل ذلك بالتقصير في حفظها وتعهدها أو لخلل في عمارتها . راجع بند 1773 مدني ، وبند 479 جنايات [3] .

541 * إذا سقط جدار على شيء فأتلفه ضمن صاحبه بشروط ثلاثة ، **أحدها** : ميلان الجدار بعد أن كان مستقيمًا . **والثاني** : إنذار صاحبه ، بأن يقال له : أصلح جدارك وشهد عليه بذلك عند حاكم أو جماعة المسلمين ؛ ولو مع إمكان حاكم ، [4] والمراد بصاحبه : مالكه المكلف أو وكيله الخاص أو العام وهو الحاكم إذا كان رب

= المزارع أولا ، وعلى ربها في الثاني وقد حذفه المصنف لظهوره وكذا إن كانت عادية فعلى ربها ليلًا أو نهارًا إلا مع راعٍ قادر على منعها فعلين فإن ربطت ربطًا محكمًا أو قفل عليها قفلًا محكمًا فاتفق انفلاتها فليس على ربها ضمان مطلقًا عادية أم لا في ليل أو نهار كما لو سرحت بعد المزارع بلا راع وبعد ضم الباء أبي بعيدًا أي في مكان بعيد الشرح الكبير 357/4 ، 358 .

(1) حاشية الدسوقي 357/4 ، 358 .

(2 ، 3) تعريب القانون الفرنساوي المدني 315/1 .

(4) الشرح الكبير الدردير 356/4 .

الجدار غائبًا ولم يكن له وكيل خاص ، ومن الوكيل الخاص : ناظر الوقف ووصي الصغير والمجنون ؛ فإذا سقط الجدار مع وجود الشروط الثلاثة ضمن وصي غير المكلف في ماله ولو كان لغير المكلف مال ، وضمن ناظر وقف ووكيل خاص مع غيبة صاحبه حيث كان له مال يصلح منه لتقصيرهما ؛ فإن لم يكن له مال وأمكنهما السلف على ذمته وهو مليء وتركا حتى سقط ضمنا فيما يظهر [1] .

والثالث : أن يمكن تداركه بأن يسع الزمان الذي يمكن الإصلاح فيه ولم يصلح ؛ فيضمن / المال والدية في ماله ، ولو بناه مائلا ابتداء فسقط على شيء أتلفه لضمن بلا تفصيل ، ومفهوم أنذر أنه إذا لم ينذر مع الإشهاد فلا ضمان عليه ، إلا أن يعترف بذلك مع تفريطه فيضمن . [2] كذا في الدردير والدسوقي . 185/أ

هذا ما يناسبه البند من المذهب .

---

(1) حاشية الدسوقي 356/4 .

(2) الشرح الكبير للدردير 356/4 .

فهرس موضوعات المجلد الأول

الفصل الرابع

الفصل الخامس

الفصل السادس

الفصل السابع

الباب السادس

الفصل الأول

الفرع الأول

الفرع الثاني

الفرع الرابع

الفرع الخامس

الفصل الثاني